النظريات العامة في الفقه الإسلامي

إعــــداد
الأستاذ الدكتور/ محمد حسين قنديل
وكيل كلية الشريعة والقانون بدمنهور
وأستاذ الفقه المقارن بجامعتى الأزهر والكويت

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٢٠ هـ

١٩٩٩ - ٢٠٠٠م

نشر وتوزيع

مكتبة دار البيان

للطباعة والنشر والتوزيع

الكويت - حولي شارع المثنى قرب مطعم الجولان

هاتف وفاكس ٢٦١٦٤٩٠

ص.ب ٧٠٩٧ حولي - الرمز البريدي 32091



الحمد لله رب العالمين، والصلاة على من أرسله الله بالهدى والرحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد...

فإن شريعة الإسلام قد حوت الأحكام المنظمة لشؤون حياة الناس، وقد أمرهم الله تعالى بأن يسيروا على هداها ويلتزموا بها في معاملاتهم وتصرفاتهم.

ولما كانت النظريات الفقهية من أهم موضوعات الفقه الإسلامي في العصر الحديث لاحتوائها على الأسس العامة التي تضبط طائفة من الموضوعات المترابطة والمتشابهة في أركانها وشروطها وأحكامها العامة، لتنظيم موضوعاً واحداً، عنيت بها عناية خاصة فذكرت النظرية الحق، ونظرية المال، ونظرية الملك، ونظرية العقد، وقمت بدراستها تحت عنوان "النظريات العامة في الفقه الإسلامي".

ونهجت منهج العرض والتحليل في عرض الآراء وأدلتها، وبيان الراجح منها مع بيان سبب الترجيح.

والله أسأل أن ينفع بهذه الدراسة، وأن يجعلها في موازين الأعمال يوم القيامة – آمين –

وصلى الله وسلم وبارك على محمد وآله وصحبه أجمعين.

الكويت ١ – ١ – ١٩٩٩م

المؤلف الأستاذ الدكتور

محمد حسين قنديل

تمهيد

ويتضمن ما يأتي:

معنى النظريات والقواعد [1]

النظرية تعني في العرف الحديث: القاعدة الكبرى التي موضوعها كلى تحته موضوعات متاشبهة في الأركان والشروط والأحكام العامة وإن كان لكل موضوع : أركان وشروط وأحكام خاصة به .

والنظريات أعم من القواعد وأشمل لأن النظريات تعني مجموعة الأسس العامة التي تضبط طائفة من الموضوعات المترابطة والمتشابهة في أركانها ورشروطها وأحكامها العامة لتنظيم موضوعاً واحداً ، وذلك كنظرية العقد ، فانها اذا تعني أولاً بوضع المبادئ العامة في العقود تتجه ثانياً إلى وضع كل عقد من حيث انعقاده وشروطه وآثاره المترتبة عليه وأنتهاؤه .

والنظريات: هي المفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً موضوعياً منبثاً في ثنايا الفقه ، والتي تحكم عناصره في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام ، فهي بهذا المعنى يقوم على أساسها الفقه الإسلامي بكامله ، مثل نظرية الملكية وأسبابها ، ونظرية العقد وقواعده ونتائجه ، والضمان وأسبابه وأنواعه ، وغير ذلك .

أما القواعد: فهي الضوابط والأصول الفقهية التي تراعي عند تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود النظريات الفقهية .

---

١ - انظر: الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود للدكتور بدران أبو العينين ط سنة ١٩٨٦، الملكية ونظرية العقد للدكتور أحمد فراج حسين ط سنة ١٩٨٧.

وتطلق القاعدة على معان متعددة مرادفة لها ، مثل الأصل ، والقانون ، والمسألة ، والضابط .

وكما عرفت القاعدة بأنها أمر كلى ينطبق على جميع جزئياته عند تعرف أحكامها منه ، وتفسير ذلك : أن القاعدة قضية كلية تنطبق على جزئيات موضوعها ، مثل قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني .

واليقين لا يزول بالشك .

والأصل براءة الذمة .

ويتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام «ولا ضرر ولا ضرار» .

ثم ان هذه القواعد الفقهية من قبيل الأحكام الأغلبية غير المطردة ، لأنها انما تطور الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسى العام ، في حلول القضايا ، وترتيب أحكامها والقياس كثيراً ما يعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية - تبعاً لمقتضيات خاصة بتلك المسائل ، مما تجعل الحكم الاستثنائي أقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة ، وجلب المصالح ، ودرء المفاسد ، ودفع الحرج .

وكون هذه القواعد أغلبية ، لا يحط من قيمتها العلمية ، وقوة أثرها ، فأنها كشاف رائع الآفاق للمبادئ الفقهية ، وضابط عظيم لفروع الأحكام العملية ، تجمع بينها في وحدة وتربطها برابطة تضم شتاتها ، وأن اختلفت أبوابها وموضوعاتها .

ولولا تلك القواعد الفقهية لبقيت الأحكام الشرعية فروعاً مشتتة ، قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار وتجمع بين جزئياتها .

يقول القرافي في مقدمة كتاب الفروق ، ما ملخصه : (وهذه القواعد مهمة في الفقه ، عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ، وتتضح له مناهج الفتوى ، ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت ، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهى) .

وقد بدأ تقعيد القواعد وتدوينها في أواخر القرن الثالث الهجري ، وأول من عرف بوضع القواعد الكلية الإمام أبو زيد الدبوسي الحنفي في كتابه «تأسيس النظر» .

وفي القرن العاشر جمع ابن نجيم المصري المتوفى سنة ٩٧ هـ في كتابه الأشياء والنظائر خمساً وعشرين قاعدة» .

وفي القرن السابع ألف الفقيه المالكي عزالدين عبدالعزيز ابن عبدالسلام الشافعي المتوفى سنة ٦٦٠ هـ «كتاب قواعد الأحكام في مصالح الانام» ، وفي نفس القرن ألف الفقيه المالكي شهاب الدين أحمد ابن ادريس الشهير بالقرافي المتوفى سنة ٦٤٠ هـ كتاب «الفروق» ، كما ألف في القرن الثامن الفقيه الحنبلي عبدالرحمن بن رجب المتوفى سنة ٧٩٥ كتابه «القواعد» .

فالفرق بين النظريات والقواعد الكلية: أن هذه القواعد انما هي ضوابط وأصول فقهية تراعي في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى فمثلاً : قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني «ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد» .

الفصل الأول

نظرية الحق



نظرية الحق

وتشتمل على عدة مباحث

المبحث الأول
في
تعريف الحق

الحق في اللغة:[1]

الحق نقيض الباطل . قال تعالى[2] : ﴿**ولا تلبسوا الحق بالباطل**﴾ .

وحق الأمر يحق ويحق (بكسر الحاء وضمها) صار حقاً وثبت ، قال الأزهري : معناه وجب يجب وجوباً .

وفي التنزيل[3] : ﴿**لقد حق القول على أكثرهم**﴾ أي وجب وثبت .

وأحققت الأمر إحقاقاً إذا أحكمته وصححته .

والحق من أسماء الله تعالى ، وقيل : من صفاته ، وفي التنزيل[4] : ﴿**ثم ردوا إلى الله مولاهم الحق**﴾ ، وفي الحديث : «من رآني فقد رأى الحق» ، أي رآني حقيقة غير مشبهة .

وقد ورد لفظ (الحق) في القرآن الكريم (١٩٤) مرة ، ولفظ (حق) ٣٣

---

١ - القاموس المحيط ٣/ ٢٢١، المصباح المنير ١/ ١٩٧، لسان العرب ١١/ ٣٢٥

٢ - البقرة (٤٢).

٣ - يس (٢٧).

٤- الانعام (٦٢).

مرة ، ولفظ (حقا) ١٧ مرة ، ولفظ (حقه) ثلاث مرات[1] .

ولفظ الحق يختلف المراد منه على سبيل التعيين في القرآن الكريم باختلاف المقام الذي وردت فيه الآيات ، ومعناه لا يخلو من معنى الثبوت والمطابقة للواقع[2] .

وعلى هذا فكلمة الحق من الألفاظ المشتركة في اللغة ، وهي تتسع لما اصطلح على تسميته عند القانونيين تبين الحق ، وما اصطلح على تسميته بالإلتزام والدين .

وتطلق كلمة الحق كذلك في اللغة على ما يختص بالإنسان فرداً كان أو جماعة ، سواء كان ما اختص به ذاتاً أو منفعة أو دنيا في ذمة الغير .

ومن أجل هذا نجد الفقهاء لا يقصرون كلمة الحق على استعمال معين ، أو للدلالة على مفهوم محدد ، فنجدهم تارة يطلقونها ويريدون منها ملك الذات أو ملك المنفعة ، وفي كتاب البيوع يعقدون فصلاً للحقوق يتناولون فيه ما اصطلح على تسميته في القانون بحقوق الارتفاق ، وكثيراً ما يطلقونها على ما يثبت للإنسان بمقتضى الشرع نتيجة لعقد أو لخطأ من قبل غيره ترتب عليه ضرر به أو كونه طرفاً في علاقة بين طرفين تستوجب ذلك[3] .

■ الحق في إصطلاح الفقهاء:

وردت تعريفات مختلفة للحق عند الأصوليين والفقهاء- القدماء منهم والمعاصرين - نذكرها تفصيلاً فيما يأتي :

أولاً: تعريف الحق عند الأصوليين:

انقسم الأصوليون الذين عرفوا الحق تعريفاً اصطلاحياً إلى اتجاهات

١- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم للمرحوم محمد فؤاد عبدالباقي.

٢ - معجم الفاظ القرآن الكريم لمجمع اللغة التربية مادة (ح ق ق).

٣- المدخل للدكتور محمد الحسينى حنفي ص ٣٠٥ - ٣٠٦.

ثلاثة :

١ - عرف الحق بأنه الحكم ، وهو خطاب الله تعالى المتعلق بافعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع .

٢ - عرف الحق بأنه متعلق الحكم ، وهو : الفعل .

٣ - عرف الحق بأنه أمر معنوي ، وهو امتثال أوامره تعالى ، واجتناب نواهيه .

وسنفصل هذه الاتجاهات من خلال السطور الآتية:

الاتجاه الأول: الحق هو الحكم:

عرف الشيخ عبدالحليم بن محمد أمين الحق في حاشيته «قمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار» ، قائلاً [١] : «الحق الموجود ، والمراد به هنا حكم يثبت» .

وانتقد هذا التعريف بأنه غير قويم ، لأن الحكم في اصطلاح الأصوليين هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال الناس طلباً أو تخييراً أو وضعاً» ، والحق ليس الخطاب ، إنما هو أثر الخطاب .

وإن أريد الحكم باصطلاح الفقهاء ، أي أثر الخطاب ، فالتعريف غير مانع لأن الأثر لا يقتصر على ما جعله الشارع ثابتاً ولازماً ، بل يشمل أيضاً ما جعله الشارع مباحاً ، ويشمل أيضاً الأحكام الوضعية ، فيكون التعريف تعريفاً بالأعم ، لأن كل حق حكم ، وليس كل حكم حقاً ، فعلى ذلك يكون التعبير بلفظ الحكم لا يبين حقيقة الحكم وميزاته التي يجب أن يكشف عنها التعريف[٢] .

---

١ - كشف الأسرار ٤/ ١٣٤ - ١٣٥

٢ - المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقة الإسلامي لمصطفي الرزقا ص ١٥.

■ **تعريف القرافي**[1]:

عرف القرافي في الفروق حق الله بأنه أمره ونهيه ، أي الخطاب نفسه ، ثم علق على ذلك بقوله : (ما تقدم من أن حق الله تعالى أمره ونهيه مشكل بما في الحديث الصحيح عن رسول الله ﷺ أنه قال : «حق الله تعالى على العباد أن يعبدوه ، ولا يشركوا به شيئاً»[2] ، فيقض أن حق الله على العباد نفس الفعل لا الأمر به ، وهو خلاف ما نقلته قبل هذا ، والظاهر أن الحديث مؤول ، وأنه من باب إطلاق الأمر على متعلقه الذي هو الفعل ، وبالجملة فظاهره معارض لما حرره العلماء من حق الله تعالى ، ولا يفهم من قولنا الصلاة حق الله تعالى ، إلا أمره بها ، إذ لو فرضنا أنه غير مأمور بها لم يصدق أنها حق الله تعالى فنجزم بأن الحق هو نفس الأمر لا الفعل وما وقع من ذلك مؤول) .

وقد منع ابن الشاط في حاشيته على الفروق أن يطلق حق الله على أمره ونهيه ، وبين أن حق الله متعلق أمره ونهيه ، وهو عبادته ، فحق الله فعل الإنسان ليس غير .

واستدل على هذا بدليلين:

الأول: ظاهرة النصوص كقوله تعالى[3] : ﴿**وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون**﴾ .

وقوله ﷺ : «حق الله على عباده أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً» .

والعبادة فعل لا حكم .

الثاني: أن حق الله معناه اللازم له على عباده واللازم على عباده لابد وأن يكون مكتسباً لهم ، وكيف يصح أن يتعلق الكسب بأمره وهو كلامه

---

١ - الفروق ١/ ١٤٠/ ١٤٢.

٢ - مجمع الزوائد ١/ ٥٠، المستدرك ١/ ٥١٧، صحيح مسلم بشرح النووي ١/ ٢٣١ - ٢٣٢.

٣ - الذاريات (٥٦).

وهو صفته القديمة؟ ، فلابد أن يكون حق الله فعل الإنسان الذي هو متعلق الحكم ، وليس الحكم نفسه ، لأنه خطاب الله ، وهو قديم لا يمكن أن يكون حقاً لله على العباد» (١) .

لكن الشاطبي ، في الموافقات بين أن الأحكام الشرعية حقوق الله من جهة وجوب الإيمان بها ، وشكر المنعم عليها ، وعدم التلاعب بها ، وأنها من اختصاص الله وحده(٢) .

ومقتضى كلام الشاطبي ، أنه يجوز اطلاق الحق على حكم الله بمعنى ان على الناس الإيمان به حقاً لله ، والإيمان فعل مقدور للإنسان ، لا بمعنى الخطاب ، وعلى هذا الفهم يمكن حمل تعريف الحق بأنه حكم يثبت ، وهو المعني المتبادر من قوله تعالى(٣) : **﴿ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن﴾** .

كما أن علماء الأصول قد تعرضوا في بحث الاجتهاد لمسألة ، هل الحق عند الله واحد؟ أم متعدد؟ وأرادوا به حكم الله(٤) .

الاتجاه الثاني: الحق هو الفعل:

عرف صاحب كتاب التلويح على التوضيح ، وصاحب متن التنقيح وتوضيحه الحق فقالوا(٥) : (المحكوم به - وهو ما يسمى المحكوم فيه ، هو : الفعل الذي تعلق به خطاب الشارع ، فلابد من تحققه حسا ، أي من وجوده في الواقع ، بحيث يدرك بالحسن أو بالفعل ، إذ الخطاب لا يتعلق بما لا يكون له وجود أصلاً .

---

١ - حاشية بن الشاط ١/ ١٤٠ - ١٤١، تهذيب الفروق ١/ ١٥٧.
٢ - الموافقات للشاطبي ١/ ٣١٥ - ٣٢٢.
٣ - المؤمنون (٧١).
٤ - النظريات العامة للمعاملات لأبو سنة ص ٥٥ - ٥٩.
٥ - ٢/ ١٥٠ - ١٥١.

ثم المحكوم به - وهو المحكوم فيه - إما حقوق الله تعالى ، أو حقوق العبد ، أو ما اجتمعا فيه وأحدهما غالب) .

وعرفه صاحب تهذيب الفروق فقال[1] : (حق الله تعالى : هو متعلق أمره ونهيه ، الذي هو عين عبادته ، لا نفس أمره ونهيه المتعلق بها ، لأمرين :

الأول: قوله تعالى[2] : ﴿**وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون**﴾ .

الثاني: أن الحق معناه : اللازم له على عباده ، واللازم على العباد لابد أن يكون مكتسباً لهم ، وكيف يصح أن يتعلق الكسب بأمره ونهيه ، وهو كلامه ، وكلامه صفته القديمة .

وحق العبد ثلاثة أقسام:

الأول: حق على الله ، وهو ملزوم عبادته إياه ، وهو أن يدخله الجنة ، ويخلصه من النار .

والثاني: حقه في الجملة ، وهو الأمر الذي يستقيم به أولاه وأخراه من مصالحه .

والثالث: حقه على غيره من العباده ، وهو ماله عليهم من الذم والمظالم .

مناقشة الاتجاه الثاني:

نوقش القائلون بأن الحق هو الفعل بما يأتي :

١ - إن الفعل هو محل الحق ، لا نفس الحق وذاته .

٢ - إن الفعل أمر محسوس ، أما الحق فهو أمر معنوي .

وعلى ذلك فالحق ليس هو الحكم كما ذهب بعض الأصوليين ، وليس هو الفعل كما ذهب البعض الآخر ، وإنما هو أمر معنوي ، عبارة عن علاقة لا تتصل ولا تتعلق بشيء واحد كالفعل أو الحكم ، وإنما الحق علاقة

---

١ - تهذيب الفروق ١/ ١٥٧.

٢- الذاريات (٥٦).

تتصل وتتعلق بما يأتي :

١ - الحكم : هو خطاب الله المتلعق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع ، باعتباره مصدراً للحق ومنشئاً له .

٢ - المحكوم فيه : وهو الفعل باعتباره محل الحق .

٣ - المحكوم عليه : وهو من عليه الحق والمكلف بأدائه .

٤ - الحاكم : وهو الله تعالى ، باعتباره صاحب الحق ، والواهب لجميع الحقوق ، والمانح لها بارادته ومشيئته[١] .

وأفضل من عبر عن الحق من الأصوليين هو الشاطبي[٢]:

فقال : (كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى ، وهو جهة التعبد ، فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً) .

وعبادته : امتثال أوامره ، واجتناب نواهيه بإطلاق .

كما أن كل حكم شرعي ففيه حق للعباد ، إما عاجلاً ، وإما آجلاً ، بناء على أن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد ، ولذلك قال في الحديث : «حق العباد على الله إذا عبدوه ، ولم يشركوا به شيئاً ، ألا يعذبهم»[٣] .

وعادتهم في تفسير حق الله : أنه ما فهم من الشرع أنه لا خيرة فيه للمكلف ، كان له معنى معقول ، أو غير معقول .

وحق العبد : ما كان راجعاً إلى مصالحه في الدنيا ، فإن كان من المصالح الأخروية ، فهو من جملة ما يطلق عليه : أنه حق الله .

ومعنى التعبد عندهم : أنه ما لا يعقل معناه على الخصوص ، وأصل العبادات راجعة إلى حق الله ، وأصل العادات راجعة إلى حقوق العباد .

---

١ - الحق في الشريعة الإسلامية لطموم ص ٢٣ - ٢٥.

٢ - الموافقات في أصول الأحكام ٢/ ٢٢١

٣ - مختصر صحيح مسلم للمنذرى حديث (١٣) ص ١١.

مما سبق يتضح أن الاتجاه الثالث هو تفسير الشاطي للحق والذي لم يقبل فيه أن يكون حق الله هو نفس الفعل وعين العبادة ، وإنما اختار أن حق الله هو(١) : «امثال أوامره واجتناب نواهيه» .

وهذا التفسير للحق أصح بلا شك من التفسير بالحكم ، لأن الحكم منشأ الحق ومصدره ، وليس هو الحق .

كما أنه كان أدق في اظهار معنى الحق من التفسير بالفعل ، لأن الفعل محل الحق ، وليس هو الحق .

والامتثال خلاف الفعل ، لأن الإمتثال أمر معنوي يكون مقارناً للفعل ، وقد يتخلف عنه ، فيوجد فعل بدون امتثال أصلاً ، أو يوجد فعل فيه امثال لغير الآمر ، وهو ما يسمى في بعض الأحيان عصياناً أو كفراً .

ومعنى الامتثال: هو الاحتذاء والتبعية بدون اخلال أو تعد(٢) .

والامتثال في الفعل أخص من الفعل ، فكل امتثال يكون فعلاً ، ويتحقق به ، ولكن ليس كل فعل امتثالاً ، فبين الفعل والامتثال عموم وخصوص مطلق ، ويتضح ذلك من الآتي :

إذا اقرض المسلم غيره امتثالاً للأمر بالتوسعة على المسلم ، أو أقرض بقصد منفعة دنيوية ، ففي **الحالة الأولى:** الفعل متحقق فيه الامتثال لأمر الشرع .

أما الحالة الثانية: فالفعل لم يتحقق فيه الامتثال لأمر الله تعالى .

ويقول الشاطبي(٣) :

«إن التكاليف التي فيها حق العبد منها ما يصح بدون نية ، وهي التي فهمنا من الشارع فيها تغليب جانب العبد كرد الودائع ، والغصوب ،

---

١ - الموافقات ٢/ ٢٢١ - ٢٢٢

٢ - الحق في الشريعة الإسلامية لطموم ص ٢٧ - ٢٨.

٣- الموافقات ٢/ ٢٢١ - ٢٢٢

والنفقات الزوجية ، إذا فعلت بغير نية لا يثاب عليها ، فإن فعلها بنية الامتثال ، وهي نية التعبد ، أثيب عليها ، وكذلك التروك إذا تركت بنية ، وهذا متفق عليه» .

ثانياً: تعريف الحق عند الفقهاء:

١ - نقل ابن نجيم تعريف الحق عن الكمال بن الهمام في فتح القدير وعالج قصوره فقال[١] : «حق الملك هو : قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف إلا لمانع» .

كما نقل أيضاً عن الحاوي القدسى تعريفه للملك بأنه : (الاختصاص الحاجز) .

وعلق الدكتور محمد طموم على هذا فقال[٢] : (القول بأن الحق قدرة على التصرف ، هو تعريف بأثر من آثار الحق بالنسبة لصاحب الحق ، وليس تعريفاً لذات الحق ، لأن من آثار الحق أن يثبت لصاحب الحق سلطة ، وقدرة ، واختصاصاً) .

٢ - وجاء في كتاب «طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية» للقاضي حسين : والمعني بالحق : «اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً» .

وعلق الدكتور عبد السلام العبادي على التعريف فقال[٣] : هذا التعريف له وزنه وقيمته العلمية من عدة نواح :

أ - أنه عرف الحق بأنه اختصاص ، وهو تعريف يبرز أهمية الحق بشكل يميزه عن غيره من الحقائق الشرعية .

ب - أن تعريف الحق بأنه اختصاص يتفق مع آخر ما وصل إليه البحث القانوني لجميع كل ما يصدق عليه أنه حق .

١- الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦

٢- الحق في الشريعة الإسلامية لطموم ص ٣١

٣- الملكية للعبادى ١/٩٦- ٩٧.

جـ - أن وصف هذا الاختصاص بأنه (مظهر فيما يقصد له) يبين أن طبيعة هذا الاختصاص تقوم على وجود آثار وثمار يختص بها صاحب الحق دون غيره في الأشياء التي شرع الحق فيها ، وهذه الأشياء قد تكون مادية ، وقد تكون معنوية .

د - أنه تعريف لأحد فقهاء القرن الخامس الهجري ، مما يدل على أن الفقهاء القدامى قد قاموا بتعريف الحق تعريفاً صحيحاً .

٣ - وعرفه الإباضية فقالوا [١] : ما لشيء على آخر .

وقد ذكروا تحت فصل الحقوق حقوق الوالدين على أولادهم ، وحقوق الأولاد نحو والديهم ، والحقوق التي بين الأرحام ، وما يجب على ولي اليتيم نحو اليتيم ، وحقوق الجار ، وحقوق الضيافة ، وحقوق المسلمين بعضهم على بعض .

وهذا يدل على أنهم يطلقونه على كل ما أثبته الشرع ، وطلبه من الناس لمصلحة بعضهم بعضاً ، دون النظر إلى أن هذا الثبوت أو الطلب كان على سبيل اللزوم أم لا .

٤ - وعرفه صدر الشريعة الحنفي ، فقال : هو اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء ، يكون مطلقاً لتصرفه فيه ، وحاجزاً عن تصرف الغير .

وعلق الدكتور طموم على التعريف السابق فقال [٢] : ويمكن أن يكون هذا التعريف أفضل وأصح لو ذكركما يأتي : (اتصال شرعي بين شخص وبين شيء ، يكون مطلقاً لتصرفه فيه إلا لمانع ، وحاجزاً عن تصرف الغير ابتداء) ، لأن ذكر لفظ شخص في التعريف بدل الإنسان أفضل ، حتى يدخل الشخص الاعتباري المعنوي ، مثل : بيت المال ، مع الشخص

١- شرح النيل ٥٨٢/٢ وما بعدها

٢- الحق لطموم ص ٣٣-٣٤

الحقيقي وهو الإنسان :

كما أن زيادة إلا لمانع مطلوبة ، حتى يكون التعريف جامعاً لأفراده ، مثل : المحجور عليه ، فإنه مالك للشيء ، ولكن هذا الملك ليس مطلقاً لتصرفه فيه ، بسبب الحجر عليه ، وحتى يشمل التعريف أيضاً المبيع المنقول قبل قبض المشتري له ، فهذا المبيع مملوك للمشتري قبل القبض ، ولكن هذا الملك ليس مطلقاً لتصرف المالك ، وذلك لوجود مانع ، وهو حرمة بيع المالك - وهو المشتري له قبل قبضه- قال ابن عباس رضي الله عنهما : أما الذي نهى عنه النبي ﷺ ، فهو الطعام أن يباع حتى يقبض ، قال ابن عباس : ولا أحسب كل شيء إلا مثله [١] .

كما أن زيادة لفظ ابتداء أفضل ، ليخرج الوكيل وغيره ، لأنه لا يجوز له التصرف ابتداء ، وإن جاز له التصرف بعد ذلك بوجود الأسباب .

■ اطلاقات الفقهاء للحق:

أطلق الفقهاء المسلمون الحق على معان مختلفة ومتعددة منها :

١ - ما يشمل جميع الحقوق : المالية وغير المالية (كالحقوق الأدبية ، والخلقية ، والاجتماعية) ، أو مثل قولهم : حقوق الله ، وحقوق العباد (كحق تأجيل الثمن في البيع بثمن حال) .

٢ - الالتزامات التي تترتب على العقد غير حكمة ، وتتصل بتنفيذ أحكامه .

مثل : تسليم الثمن الحال أولاً ، ثم تسليم المبيع في قولهم [٢] (ومن باع سلعة بثمن سلمه أولاً ، تحقيقاً للمساواة بين المتعاقدين ، لأن المبيع يتعين بالتعيين ، والثمن لا يتعين إلا بالقبض ، فلهذا اشترط تسليمه إلا أن يكون مؤجلاً ، لأنه أسقط حقه بالتأجيل ، فلا

---

١ - اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، حديث رقم (٩٧٥) ص ٣٧١ - ٣٧٢.

٢ - الاختيار لتعليل المختار ٢/ ١٢ - ١٤.

يسقط حق الآخر) .

٣ - الأرزاق وهي : ما يعطى للمؤدي عملاً مطلوباً منه شرعاً ، وتكون في مقابل تفرغه والتزامه بالأداء في وقت ومكان معين) التي تمنح للقضاة والفقهاء من بيت المال .

مثل : قول ابن نجيم [١] : من له حق في ديوان الخراج كالمقاتلة ، والعلماء ، وطلبتهم ، والمفتين ، والفقهاء ، يفرض لأولداهم تبعاً ، ولا يسقط بموت الأصل ترغيباً .

٤ - ويطلق على حقوق الارتفاق كحق الشرب ، وحق المرور ، وحق المسيل ، وحق الطريق .

٥ - الحقوق المجردة أو المفردة ، وهي المباحات ، مثل : حق التملك ، وحق الخيار للبائع أو المشتري ، وحق الطلاق للزوج [٢] .

ثالثاً: تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين:

حاول عدد من الفقهاء المعاصرين وضع تعريف محدد للحق نذكر منها ما يلي :

١ - تعريف الدكتور محمد يوسف موسى [٣] : (الحق مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما يقررها الشارع الحكيم .

٢ - تعريف الشيخ على الخفيف[٤] : (الحق مصلحة مستحقة شرعاً) ، وقال في كتابه «الملكية» بأنه (ما ثبت باقرار الشارع ، وأضفى عليه حمايته) ، وقال في كتابه «أحكام المعاملات الشرعية» ، بأنه (ما

١- الأشباه والنظائر ص ١٢١ نقلاً عن الدكتور طموم.

٢ - نظرية الحق للدكتور طموم ص ٢١١.

٣ - الفقه الإسلامي لمحمد يوسف موسى ص ٢١١.

٤ - الحق والذمة ص ٣٦، الملكية ٢/١، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٨.

ثبت لإنسان بمقتضى الشرع ، من أجل صالحه) .
٣ - تعريف الشيخ عيسوي أحمد عيسوي بأنه[١] : (مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها الشرع) .
٤ - تعريف الشيخ مصطفي الزرقا بأنه [٢] : (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً) .
٥ - تعريف الشيخ أحمد فهمي أبو سنة بأنه [٣] : (ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير) ، وعرفه في موضع آخر بأنه : (ما يثبت للإنسان استيفاؤه) .
٦ - تعريف الدكتور فتحى الدريني بأنه [٤] : (اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة) .
٧ - تعريف الشيخ محمد مصطفي شلبي بأنه [٥] : (كل مصلحة تثبت باعتبار الشارع) .

ويمكن تصنيف هذه التعاريف في ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : تعريف الحق بأنه مصلحة .

الاتجاه الثاني : تعريف الحق بأنه اختصاص .

الاتجاه الثالث : تعريف الحق انطلاقاً من المعنى اللغوي «الثبوت والوجوب» .

■ تحليل الاتجاه الأول:

فمن فسر الحق بالمصلحة ، فقد ذكر الغاية من الحق والمراد منه ، لأن

---

١ - المدخل الفقهي الإسلامي للشيخ عيسوي ص ٣٠٥.
٢ - المدخل إلى نظرية الالتزام لمصطفى الزرقا ص ١١.
٣ - النظريات العامة لأبن سنة ص ١٥٠، أسبوع الفقه الإسلامي ص ١٠٤.
٤ - الحق ومدى سلطة الدولة ص ١٩٣.
٥ - المدخل للفقه الإسلامي ص ٢٣٨.

الحق وسيلة إلى المصلحة وليس هو المصلحة ، لأن المصلحة ليست هي ذات الحق [1] .

كما أن المصلحة لا تعود دائماً إلى صاحب الحق ، لأنه إذا كان الغالب ، في حقوق العبد عود المصلحة إلى صاحب الحق ، فلا يمكن تصور ذلك في حقوق الله تعالى ، لأن الله تعالى لا يستفيد من طاعتنا وأدائنا لحقوقه تعالى شيئاً ، ولا تعود إليه مصلحة ، باعتباره صاحب الحق ، والآمر به ، فقد روى النبي ﷺ عن ربه : «يا عبادي إنكم لن تبغلوا ضرى فتضروني ، ولن تبلغوا نفعى فتنفعوني»[2] .

وأيضاً في التعريف ما يسميه المناطقة «دورا» ، وهو أن يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته ، فإذا قيل : «الحق مصلحة مستحقة شرعاً» ، لم تمكن معرفة الحق الإصطلاحي إلا بفهم معنى كملة المستحقة ، وهذه لا يفهم معناها إلا بمعرفة الحق ، فيحصل التمانع .

■ **تحليل الاتجاه الثاني:**

تفسير الحق بالاختصاص يجعل التعريف غير جامع ، لإخراجه العلاقة التي لا اختصاص فيها ، لأنها من قبيل الإباحات العامة ، كالاصطياد والاحتطاب من البراري والتنقل في أجزء الوطن ، وهي لا تعتبر حقاً بالمعنى المراد هنا ، لأنها رخصة .

وأيضاً لإخراجه الأعيان المملوكة ، لأنها أشياء مادية ، وليس اختصاصاً فيه سلطة أو تكليفاً ، فالفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الأعيان ، والحنفية يذكرونها في مقابلة الأموال ، ويقولون : إن الحق ليس بمال [3] .

بالتعريف بعض اللبس : إنه يقول : «سلطة أو تكليفاً ، ولا يتضح

---

١ - الحق في الشريعة الإسلامية لطمطوم ص ٣٥ - ٣٦.

٢- مختصر صحيح مسلم للمنذري رقم (١٨٢٨) ص ٤٨٣.

٣ - المدخل إلى نظرية الإلتزام للزرقا ص ١١ -١٤.

(لمن) أو (على من) هذه السلطة أو هذا التكليف إلا بعد قراءة التوضيح لا من مجرد التعريف [1] .

■ **تحليل الاتجاه الثالث:**

يلاحظ على هذه التعريفات أنها متسعة اتساعاً ينأى بها عن التحديد .

إنه لا يتجاوز ما قرره علماء اللغة من أن معنى الحق الوجوب والثبوت ، ولم يضف إليه إلا أن هذا الثبوت وذاك الوجوب من الشارع «للإنسان أو لله تعالى على الغير» [2]

ثم من المقصود بالغير؟ إن الله تعالى قد أوجب على نفسه كما في قوله تعالى : ﴿**كتب على نفسه الرحمة**﴾[3] ، وكما قال في قوله تعالى : ﴿**وكان حقاً علينا نصر المؤمنين**﴾ [4] .

وأيضاً قوله :(للإنسان) أو (لله تعالى) ، يفيد تعميم الحق ، فيشمل حق الإنسان وحق الله تعالى ، ومعنى هذا أنه لا يثبت حقوق لغيرهما ، كالحيوان والجماد ، والشخص الحكمي كبيت المال وجهة الوقف ، فلو قال ما ثبت لشخص لكان أوفق ، لأن الشخص أعم من أن يكون حقيقياً أو حكمياً .

وأيضاً انتقد استعمال «ما» في التعريف ، لأن معناها الشيء الذي في بيت الإنسان أو الله سبحانه وتعالى ، والحق ليس الشيء الثابت ، إنما الثبوت نفسه ، فليس الحق هو العين المملوكة ، ولكن ثبوت ملكيتها لشخص معين ، وليس هو الولاية على النفس ، بل ثبوت هذه الولاية لشخص معين [5]

---

١ - الإسلام وحقوق الانسان ص ١٣ .

٢ - أنظر الإسلام وحقوق الأنسان ص ١٧ .

٣ - الانعام (١٢).

٤ - الروم (٤٧).

٥ - الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور العبادي ص ١/ ١٠٢

■ **التعريف المختار للحق:**

اختار الدكتور عبدالسلام العبادي تعريفاً للحق ، وذلك بعد أن ذكر تعريفات السابقين وعلق عليها ، فقال [1] : (الحق هو : اختصاص ثابت في الشرع يقتضي سلطة أو تكليف لله على عباده ، أو لشخص على غيره) .

■ **شرح التعريف** [2]

الاختصاص : هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق الدين في الذمة بأي سبب كان ، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته والوكيل وكالته ، كلاهما حق لشخص فيجب أن يتناوله التعريف .

وهذه العلاقة لكي تكون حقاً يجب أن تختص بشخص معين أو بفئة ، إذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة من غيره ، فالثمن يختص بالبائع ، وممارسة الولاية أو الكفالة يختص بها اولي أو الوكيل ، فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها ، وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها كالمباحات العامة ، فلا تعتبر حقاً ، وإنما هي رخصة .

ثابت في الشرع : أي الذي يحكم هذه العلاقة هن الشرع ، فما اعتبره الشرع حقاً كان هو الحق ، وما لم يعتبره حقاً لا يكون حقاً .

سلطة أو تكليفاً : فالحق تارة يتضمن سلطة وتارة تكليفاً .

والسلطة نوعان ، سلطة على الشخص ، كحق الولاية على النفس وكحق حضانة الصغير وتربيته ، وسلطة على شيء معين كحق الملكية ،

---

١ - أنظر المرجع السابق ١/ ١٠٣

٢ - النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور فراج والسريتي ص ١٤ - ١٥.

فإنها سلطة للإنسان على ذات الشيء ، وكحق التملك بالشفعة وحق الانتفاع بالأعيان وحق الولاية على المال .

وأما التكليف ، فهو دائماً عهدة على إنسان ، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله ، وإما عهدة مالية كوفاء الدين .

وهذا التعريف كما يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق المدنية يشمل الحق الديني ، ويشمل أيضاً الحقوق الأدبية كحق الطاعة في معروف للوالد على ولده ، وللرجل على زوجته ، وكذا يتناول حقوق الولاية العامة كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغيره ، لأن كل ذلك وأشباهه إما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع ، وإما تكليف بأمر على مكلف به شرعاً .

واختار الدكتور محمد طموم تعريفاً للحق فقال : [1] : (هو علاقة شرعية ، تؤدي لاختصاص بشيء ، مع امتثال شخص آخر) .

فالعلاقة هي : ارتباط واتصال بين أركان الحق ، وهي :

صاحب الحق ، ومن عليه الحق ، والشيء المستحق .

شرعية: وهي الركن الرابع للحق ، ولابد وأن تكون العلاقة فيه مشروعة ، سواء كان الحق لله تعالى أو لغيره .

تؤدى: أي تنتج آثاراً مختلفة بالنسبة لصاحب الحق ، ومن عليه الحق ، والشيء المستحق .

لإختصاص: الاختصاص الاستئثار والانفراد ، لأن الحق يؤدى لاستئثار صاحب الحق وانفراده واختصاصه بالشيء المستحق من جهة السلطة أو المطالبة بالأداء أو التكليف .

فجهة السلطة هي حرية استعمال العين ، والتصرف فيها ، وفيما له

---

١ - الحق في الشريعة الاسلامية ص ٤٣ - ٤٥.

حق وولاية عليه .

وكذلك جهة المطالبة ، بأداء ماله من حقوق ، كالمطالبة بسداد الدين الذي له على الآخرين ، والمطالبة باداء سلوك معين ممن له ولاية عليه ، مثل : الولد الصغير .

وكذلك جهة التكليف ، وهي طلب الشارع اعتقاد وحدانية الله ، والإيمان برسله ، وفعل العبادات ، وولاية الأب على الصغير ، وحق الانتخاب .

الشيء: المراد به المستحق لصاحب الحق ، كالمال الحقيقي ، والمال الحكمي ، والمنفعة على رأي من يقول : أنها ليست مالا كالحنفية ، والعمل بالجوارح أو بالقلب ، والامتناع عن عمل وغير ذلك .

مع امتثال شخص آخر : بمعنى أن من عليه الحق مطالب بأداء ما عليه من حقوق على جهة الطاعة والامتثال .

ويتحقق الامتثال في حقوق لله تعالى بالنية حتى يكون العمل مقبولاً ديانة وقضاء ، فإن لم يقترن بالنية كان مقبولاً قضاء فقط في الدنيا .

ويتحقق في حق العبد بالأداء امتثالاً لأمر الشارع ، فإن لم يقصد به الطاعة ، لا يثاب عليه في الآخرة ، لقوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى»(١) .

---

١ - اللؤلؤ والمرجان حديث رقم ١٢٤٥ ص ٤٩٦.

المبحث الثاني
في
أركان الحق

أركان الحق أربعة هي[1]:

١ - **صاحب الحق**: ففي حقوق الله تعالى كالصلاة والصوم، صاحب الحق هو الله تعالى وحده، ولا يشاركه فيه غيره.

ومن حقوق الأشخاص صاحب الحق هو الزوج فيما وجب له من حق عند الزوجة كالطاعة، والزوجة صاحبة حق في بعض الحقوق الواجبة لها عند الزوج كالنفقة.

٢ - **من عليه أداء الحق**: وهو الشخص المكلف بالأداء، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً اعتبارياً.

فإذا كان صاحب الحق هو الله تعالى، فيكون المكلف بأداء الحق هو من عليه الحق المستوفى لشروط الأداء، سواء أكان إنساناً كالصلاة والصيام في فرض العين، فإنها واجبة الأداء على البالغ العاقل، أم كان المكلف بالأداء شخصاً اعتبارياً، كما في فرض الكفاية، فإن المطالب بالأداء حق الجماعة.

وإذا كان صاحب الحق شخصاً مثل: الزوج، باعتباره صاحب حق على الزوجة في الطاعة وغيرها، فيكون من عليه أداء حق الزوج

---

١ - نظرية الحق للدكتور أحمد فهمي أبو سنة، وله الفقه الإسلامي أساس التشريع ١٩٧١ ص ١٧٣ وما بعدها من منشورات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، (الحق في الشريعة الإسلامية) للدكتور طموم ص ٤٧ - ٤٩.

شخصين :

الأول: شخص طبيعي ، وهي الزوجة ، حيث يجب عليها أن تؤدي ما للزوج من حقوق ثابتة له .

الثاني: شخص معنوي ، وهو المجتمع ، حيث يجب عليه أن يؤدي ما للزوج من حقوق ، وذلك بتمكينه من استعمال حقه والحصول عليه ، مع احترام المجتمع لهذا الحق ، وعدم الاعتداء على هذه الحقوق بأي صورة من صور الاعتداء الفعلي أو المعنوي .

وكذلك الحال إذا كان صاحب الحق هي الزوجة باعتبارها صاحبة حق في النفقة ، فيكون من عليه أداء الحق لها شخصين كما سبق .

٣ - **الشيء المستحق:** وهو الأمر المطلوب الأداء مثل : الفرائض الخمس في حق الله تعالى في العبادة .

والصداق عاجله وآجله ، في حق المرأة في المهر .

٤ - **المشروعية:** وهو أن الحق لا يكون حقاً مستحقاً للأداء الا اذا كان الحق مشروعاً ، ويكون الحق مشروعاً اذا كان غير ممنوع شرعاً ، لأن الاصل في الاشياء الاباحة شرعاً الا ما نهى الشرع عنها .

فإتيان الزوجة من الدبر غير شرعي ، لأن مكان الاتيان هو مكان الحرث كما جاء في القرآن الكريم .

المبحث الثالث
في
مصدر الحق

المراد بمصدر الحق هنا : هو الجهة التي تثبت الحقوق لاصحابها وتمنحهم حق استعمالها والاستمتاع بها .

فهو في الفقه الاسلامي رب العباد يجعل من المصالح حقوقاً ، ويأمر عباده بحمايتها واحترامها ، ويجرد ما يشاء من الحماية فلا تعتبر حقاً ، ومع أنه سبحانه وتعالى له الأمر كله الا أنه وعد من أوفى بعهده قال تعالى[1] ﴿ **ومن أوفى بعهده من الله**﴾ ، وبتحقيق الخير والسعادة واليسر للناس ودفع الحرج والمفاسد عنهم ، ولذلك فإن كل ما اتعبره حقا هو المصلحة والخير ومالم يعتبره كذلك فمفسدته اكبر من نفعه ومن اعلم منه سبحانه بمواضع المفسدة والمصلحة ﴿**ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير**﴾[2] . وإذا كان الحق منحة الهية فليس للفرد مطلق الحرية في استعمال حقه بل قيد في ذلك بمصلحة الجماعة وعدم الاضرار بالغير ، ولا فرق في هذا بين حق خاص وحق عام[3] .

وفي القانون الوضعي يرى اصحاب المذهب الفردي أن الحق ينشأ من الطبيعة ، ويولد الانسان وله حقوق ثابته له ابتداء ، سواء ورد ذكرها في القانون الصادر من الدولة ، أم لم يرد ذكرها فيه .

ويرى آخرون أن الحقوق لا تثبت الا عن طريق القانون ، وعلى ذلك

---

١ - سورة التوبة (١١١)

٢ - سورة الملك (١٤).

٣ - النظريات العامة للدكتور فراج والدكتور السريتي ص ١٨ - ١٩.

فالقانون هو مثبت للحقوق ، ومالم يرد ذكره في القانون لا يكون حقا ، فمصدر الحق عند هؤلاء هو القانون فقط . (١)

وبناء على التقسيم الوضعي السابق نجد ان أمورا تعتبر في الشرع الاسلامي حقوقاً ولا تعتبر في الشرائع الوضعية كذلك : كحق الفقير في الزكاة قبل قبضها ، كما نجد امورا تعتبر حقوقا في الشرائع الوضعية ، وليست كذلك في الشرع الاسلامي : وهي كل اختصاص للإنسان يتعلق بما حرمه الله تعالى في كتابه أو سنة رسوله ولم تحرمه الشرائع الوضعية ، فإن إختصاص الانسان بالفائدة الربوية والخنزير والخمر مثلا ، كل ذلك لا يعتبر حقا في الفقه الاسلامي ، بينما تعتبره الشرائع الوضعية حقا لصاحبه وتحميه له (٢) .

---

١ - الحق في الشريعة الاسلامية لطموم ص ٥٠ - ٥١.

٢ - النظريات العامة للدكتور أحمد فراج والدكتور السريتي ص ١٩.

المبحث الرابع
في
أقسام الحقوق

يختلف تقسيم الحقوق تبعا لإختلاف المعنى الذي يدور عليه التقسيم ، وإليك التفصيل من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول
التقسيم الأول

تنقسم الحقوق باعتبار من تنسب اليه إلى[1] :

أ - حقوق الله الخالصة .
ب - حقوق العبد الخالصة .
جـ - حقوق مشتركة بين الله تعالى والعبد وحق الله غالب .
د - حقوق مشتركة بين الله تعالى والعبد وحق العبد غالب .

أ - حقوق الله تعالى:

وهو ما تعلق به النفع العام للعباد من غير أختصاص بأحد ، وهي أشبه ما يكون في القانون بالأمور المتعلقة بالنظام العام ، غير أنه عندنا شامل للمصلحة العامة الأخروية والدنيوية ولا يخرج عنه الا المصلحة

---

١ - يرى الشاطي أن حق الله وحق العبد ثابتين في كل حكم، ويرى أن حق الله هو عبادته وأمتثال أوامره وأجتناب نواهيه، وحق العبد ما فيه مصلحة للعباد إما عاجلا وإما اجلا، فهو شامل لمصالحهم جميعا في الدنيا ، وهو من ناحية النظر الى حق الفرد يقابل الأحكام التي ينظمها القانون الخاص، ومن ناحية النظر الى حق الجماعة والصالح العام يقابل ما كان من النظام العام في العرف والقانوني.

الدنيوية الخاصة .

وتنسب إلى الله تعالى لعظيم خطرها وشمول نفعها ، وأيضاً يقصد به الإعلاء الذي من شأنه أن يحرص الناس عليه دون إهمال أو تقصير[1] .

ومثلوا لذلك بحرمة الزنى التي يتعلق بها عموم النفع من سلامة الأنساب وصيانة الفراش ، ومنع الضغائن والمنازعات بين الناس .

وحقوق الله شرعت للمصلحة العامة من غير أن يشوبها أي غرض شخصي ، ولذا فإنها لا تسقط بإسقاط أحد وجبايتها وإقامتها إنما هو للصالح العام .

وقد حصر الحنفية حقوق الله تعالى في ثمانية أنواع، هي [2] :

١ - **عبادات خالصة:** كالإيمان بالله تعالى ، والصلاة ، والصوم ، والحج ، والجهاد ، والزكاة . وقد اختلف الفقهاء في زكاة المال هل هي عبادة خالصة ، أم هي عبادة فيها معنى المئونة؟

فذهب الحنفية إلى أن زكاة المال عبادة خالصة لله تعالى ، مثل : الصلاة ، والصوم ، لأن زكاة المال قرنت بهما ، وعدت من أركان الإسلام الخمس ، فقد روى عن ابن عمر رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ - : « بني الاسلام على خمس : شهادة أن لا إله الا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإتياء الزكاة ، والحج ، وصوم رمضان» [3] .

٢ - **عبادة فيها معنى المؤنة « أي بذل شيىء من المال » كصدقة الفطر:** جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن زكاة المال ليست عبادة خالصة ،

---

١ - المدخل للفقه الاسلامي لمدكور ص ٤٢٨.
٢- كشف الاسرار ٤/١٣٥.
٣ - اللؤلؤ والمرجان في ما أتفق عليه الشيخان حديث رقم ٩.

وإنما هي عبادة فيها معنى المئونة مثل صدقة الفطر .

وعللوا ذلك بأنها وجبت على الانسان بسبب غيره - بالاضافة إلى نفسه - وهم الأشخاص الذين تحت رعايته ، ويعولهم ويلتزم بالنفاق عليهم ، وذلك شكر الله تعالى على بقائهم أحياء ، مع القدرة على رعايتهم .

وكانت صدقة الفطر عبادة فيها معنى المؤنة ، لأن العبادة الخالصة لا تجب بسبب الغير كلاصلاة والصوم .

وكذلك زكاة المال عند جمهور الفقهاء عبادة فيها معنى المؤنة لأنها وجبت على الشخص المسلم الغني بسبب خارج عن ذاته ، وهو ملكيته للمال المستوفى لشروط إخراج الزكاة ، وشكر الله تعالى علي بقاء المال زائداً عن حاجته ، وعدم هلاكه أو انعدامه [١] .

٣ - مؤنة فيها معنى العبادة [٢]:

مثل : زكاة الزروع والثمار .

وهي مئونة فيها معنى العبادة ، لأنها ضريبة مقدرة شرعا على نماء الارض ، وتدور بين العشر ونصف العشر حسب الشروط الموضحة في كتب الفقه .

ويتضح معنى العبادة في زكاة الزورع والثمار ، لانها لا تجب إلا على المسلم ، فكان تكليف المسلم بها دون غيره دليلاً على كونها عبادة لله وحده ، وطاعة لأمره .

٤ - حقوق عبادية مترددة بين العقوبة، والمئونة غالبة فيها: كالخراج الذي يؤخذ ضريبة على الأرض الخراجية ، فهي مئونة لأنه ينفق

١ - الحق في الشريعة الاسلامية لطموم ص ٦٩ - ٧٠.
٢ - كشف الأسرار ١٣٩/٤.

على حماية هذه الأرض والدفاع عنها .

وقد فرض الخراج في عصر الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث منع توزيع الأراضى الزراعية على الفاتحين من المحاربين المسلمين ، وأبقاها في يد اصاحابها الذين لم يدخلوا في الإسلام عند الفتح الأسلامي للبلاد الزراعية ، وقد فرض عليهم مقابل ذلك الخراج - الضريبة - يدفع كل عام مرة واحدة ، ومقداره ثابت لا يتصاعد مع الناتج من الأرض ، كما في زكاة الزروع والثمار .

٥ - **عقوبة خالصة:** كحد الزنا وحد الشرب وحد السرقة وقطع الطريق .

٦ - **حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة:** وهي الكفارات ، مثل : كفارة الظهار ، وكفارة الفطر في رمضان عمدا ، وكفارة الحنث في اليمين .

والكفارات عقوبة لأنها وجبت جزاء على معصية ، وعبادة لما فيها من الصوم والنية .

٧ - **عقوبة قاصرة** كحرمان القاتل من ميراث مقتوله ، وإنما كان ذلك حقا لله تعالى ، لأنه لا نفع فيه للمقتول ، وعقوبة لأنه منه عزما على القاتل بحرمانه من الميراث ، وقاصرة لأن الحرمان لم يلحق بالقاتل ألما في بدنه .

وأنها لا تنفذ على كل قاتل ، وإنما تنفذ على الوارث البالغ إذا قتل موروثه (١) .

٨ - **حقوق قائمة بنفسها** كخمس الغنائم وهو المال الذي أخذ من الكفار المحاربين قهراً ، حيث جعل سبحانه أربعة أخماسه للغانمين

---

١ - الأشباه والنظائر القاعدة الخامسة عشرة ص ١٥٩.

امتناناً منه تعالى وفضلا واستبقى الخمس حقا له (١) .

ب - حقوق العباد:

حق العبد هو كل ما يتعلق به مصلحة خاصة له كحرمان مال الغير(٢) .

فأنها حق العبد لتعلق صيانة مالة ، ولهذا فإنه يستباح بإباحة المالك بخلاف حق الله فإنه لا يستباح على ما سبق .

وهذا النوع يتناول كل ما شرع لمصلحة دنيوية خاصة بالفرد دون المجموع كحق الدية وبدل المتلفات وبدل المغصوب وحق الشفعة وحق المشتري في تملك المبيع وحق البائع في تملك الثمن ، وحق كل من الزوجين قبل الآخر ، إلى غير ذلك مما تناوله القانون الخاص .

ويظهر الفرق واضحا بين حق الشخص الخالص وحق الله تعالى في تحريم مال الشخص وفرجه على غيره ، فتحريم مال الشخص على غيره حق لهذا الشخص حتى يتمكن من حماية ماله وصيانته ، ولهذا يملك الشخص أن يحل ماله لغيره بالاباحة والتمليك ، بخلاف تحريم فرج الانسان علي غيره فهو حق لله تعالى ، ولذلك لا يباح الزنى بإباحة المرأة ، ولا بإباحة وليها أو زوجها أو المجتمع كله ، كما لا يصح تمليك المرأة والاستمتاع بها جنسيا بغير الطريق الشرعي ، فالزواج مع أنه طريق شرعي للاستمتاع الجنسي لكنه مقيد بما أباحه الله تعالى في قوله : ﴿**فأتوهن من حيث أمركم الله**﴾(٣) لأن جسمها ليس حقا خالصا لها ، وإنما هو حق لله الذي خلقه (٤) .

---

١ - التلويح على التوضيح ١٥١/٢.

٢ - المنار وحواشيه ص ٨٨٦، كشاف أصطلاحات الفنون ١/ ٣٢٩ - ٣٣٠.

٣ - البقرة (٢٢٢).

٤ - الحق في الشريعة الاسلامية لطموم ص ٨٨.

وفرق الأصولين والفقهاء بين نوعين من أنواع الحق ، وهما حق الله تعالى وحق العبد ، وبينوا أن معيار التفريق بينهما هو :

أن حق العبد عبارة عما يسقط باسقاط العبد . كضمان المتلفات .

وحق الله ما لا يسقط باسقاط العبد كالصلاة والصيام .

قال ابن القيم[1] : « والحقوق نوعان ، حق الله وحق الآدمي ، فحق الله لا مدخل للصلح فيه كالحدود والزكوات والكفارات ونحوها . . . وأما حقوق الادميين فهي التي تقبل الصلح والاسقاط والمعاوضة عليها» .

جـ -حقوق مشتركة بين الله تعالى والعبد وحق الله غالب:

مثل : حد القذف ، فإننا إذا لاحظنا العلة التي من أجلها شرع الله حد القذف نجدها تدل على أن فيه حق الله وحق العبد معاً .

فحق الله في حد القذف أن فيه مساس بالأعراض علنا ، مما يؤدي إلى شيوع الفاحشة ، وانتشار الألفاظ المخلة بالآداب ، فوجد الاعتداء علي النظام العام للمجتمع وآدابه .

وحق العبد أن المقذوف بالزني مثلا قد اتهم في عرضه ودينه .

وشرع حد القذف لتطهير المجتمع من هذه الجريمة وهذا يعود نفعه الي عامة الناس ، فيكون في إقامة هذا الحد نفع عام هو صون العالم عن الفساد ، وشرع أيضا لرفع الزنا عن المقذوف .

وغلب حق الله تعالى لتناوله للنفع العام وهو أكثر خطرا من النفع الخاص .

---

١ - أعلام الموقعين ١/ ١٠٨.

ويترتب على إضافة الحق لله تعالى الأحكام الآتية:

١ - تداخل العقوبة ، أي أن القاذف لو قذف جماعة بكلمة أو كلمات متفرقة لا يقام عليه إلا حد واحد .

٢ - لا يجري فيه الارث .

٣ - لا يسقط بعفو المقذوف .

٤ - تتنصف العقوبة بالرق ، لقوله تعالى [١] : ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ .

٥ - يفوض تنفيذه للإمام .

د - حقوق مشتركة بين الله تعالى والعبد وحق العبد غالب:

مثل : القصاص ، فإن فيه حقا لله تعالى وهو عقوبة الجاني جزاء له ، ودفع لشر الإجرام عن الناس جميعا قال تعالى [٢] : ﴿ ولكم في القصاص حياة﴾ ولكن فيه أيضا حقاً للعبد ، لأن مبنى القصاص على العقوبة بالمثل لقوله تعالى [٣] : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾ .

ورجح حق العبد في القصاص لأن لولي الدم شرعا الحق في المطالبة بالقصاص ، أو العفو بدون عوض ، أو الانتقال من القصاص إلى الدية لقوله تعالى [٤] : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ ولقوله تعالى [٥] : ﴿فمن تصدق به فهو كفارة

---

١ - النساء (٢٥).
٢ - البقرة (١٧٩).
٣ - المائدة (٤٥).
٤ - البقرة (١٧٨).
٥ - المائدة (٤٥).

له﴾ ولكل ذلك كان حق العبد غالبا علي حق الله تعالى .

ويترتب على إضافة الحق للعبد أو ترجيح حقه الأحكام الآتية[١] :

١ - يجري فيه العفو والإبراء والصلح ، لأن الإنسان هو صاحب الحق دون غيره ومن ثم كان له ولاية التصرف فيه .

٢ - يجري فيه التوارث بالنسبة لورثة المجني عليه أو وليه .

٣ - تتكرر العقوبة بتكرار الجناية ، فلا يجري فيها التداخل ، فلو قتل أكثر من واحد خطأ تعددت الديات .

٤ - استيفاء العقوبة مفوض إلى المجني عليه أو وليه .

---

١ - النظريات العامة في الفقه الاسلامي للدكتور فراج والدكتور السريتي ص ٢٥.

المطلب الثاني
في
التقسيم الثاني

تنقسم الحقوق باعتبار مضمونها إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية .

١ - **فالحقوق المالية :** هي ما كان محلها المال ، كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع أو حقوق الارتفاق ، أو حبس المرهون ، وحق البائع في الثمن ، وحق المشتري في المبيع الخ . . . .

ويتفرع إلى فرعين مهمين هما :

أ - **الحق الشخصي**[1] **:** هو كل علاقة شرعية بين شخصين يكون احدهما فيها تجاه الآخر أن يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر ، أو أن يمتنع عن عمل مضاف لمصلحته وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر فإن احدهما يستحق على الآخر أداء الثمن والآخر يستحق تسليم المبيع ، وكذا حق المودع في ألا يستعمل الوديع الشيىء المودع .

ب - **الحق العيني :** هو ما يقره الشرع لشخص على شيء كحق الملكية ، فإنه سلطة قانونية مباشرة لصاحبه المالك على الشيء المملوك وهذه السلطة لا يتوقف تحقق معناها قانونا ولا ممارستها على وجود شخص آخر غير المالك أو وساطته ، بل معناها متحقق بمجرد وجود المالك والمملوك ويستطيع المالك ممارسة سلطته هذه على الشيء المملوك والتمتع بثمراتها المشروعة من استعمال أو استغلال أو استهلاك أو أحتباس دون توقف على أحد .

---

١ - النظريات العامة في الفقه الاسلامي للدكتور فراج والدكتور السريتي ص ٢٧ .

ومثل ذلك أيضا يقال في حق الارتفاق المقرر على عقار معين ، كحق المرور وغيره ، وأيضا حق الاحتباس لعين معينة توثيقا لدين ، كاحتباس المال المرهون به هو حق شخصي بين شخصين ، أما حق الدائن المرتهن في احتباس المال المرهون لديه توثيقا لاستيفاء الدين ، فهو حق عيني ، أي أن العلاقة فيه هي بين شخص وشيء أي أن عنصريه هما : صاحب الحق ومحل الحق ، والعلاقة في الحق الشخصي بين شخصين .

ونلحظ في هذا المقام أنه قد يوجد حول شيء واحد حقان شخصي وعيني بإعتبارين من ناحيتن مختلفتين .

٢ - **الحقوق غير المالية:** هي التي لا تتعلق بالمال ولا ترتبط به ، ومن أمثلتها : حق ولي المقتول في القصاص وحقه في العفو عنه ، وكحق أحد الزوجين إذا زوجه فضولي في إجازة النكاح او رده ، وكحق الزوجة المخيرة في فسخ العقد أو إجازته ، وكحق المعتق في ولاء معتقه .

ومن هذه الحقوق العائلية (وهي سلطة مقررة لشخص على آخر يرتبط به برابطة القرابة أو المصاهرة أو الزواج الذي هو في الواقع اساس الأسرة) التي تراعي لمصلحة الأسرة نفسها لا الأفراد أو باعتبارها اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، كسلطة الزوج على زوجته ، وولاية الأب على ابنته أو ابنه ، وحضانة الأم للصغير ، ويمكن الحقا الحقوق السياسية والطبيعية بهذا النوع .

ويتميز الحق المالي بأنه يقبل الاعتياض عنه بالمال ، كالاعتياض بالثمن والأجرة وضمان المتلف وبدل الصلح عن المال .

وأما غير المالي فقد يقبل الاعتياض عنه بالمال كحق القصاص وحق الطلاق ، وقد لا يقبل كحق البنوة وحق الولاية [١] .

---

١ - أنظر: المرجع السابق، المدخل للدكتور محمد الحسيني حنفى ص ٣٠٩.

المطلب الثالث
في
التقسيم الثالث

وتنقسم الحقوق باعتبار ما تتعلق به إلى :

١ - الحقوق المتقررة:

وهي الحقوق التي تقوم بمحل معين يدركه الحس وتثبت لصاحبها سلطة علي هذا المحل تمكنه من مباشرة التصرفات الشرعية ، ومن الامثلة على ذلك :

حق ملك العين والمنفعة ، وحق المعاشرة الزوجية ، وحق المرور ، وحق إجراء الماء المتقرر على جزء من الارض ، وحق الدائن في حبس العين المرهونة ، وحق الرجوع في الهبة ، وحق القصاص المتقرر في ذات القاتل .

٢ - الحقوق غير المتقررة:

وهي عبارة عن مكنة تثبت للإنسان لمباشرة تصرف من التصرفات في أمر من الأمور حسبما تمليه عليه إرادته ومشيئته ، ومن الأمثلة على ذلك :

حق الشفعة: حيث تثبت للشفيع ولا ية تملك العقار بعد أن تملكه المشتري ، وولاية التملك معنى قائم بالشفيع يخضع لإرادته ومشيئته ولا يقوم بمحل الحق ، لأن ملكية المشتري لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعة هي بعينها بعد التنازل عنها .

٣ - الحقوق المجردة:

وهي التي لم يكن لها محل في الخارج تتعلق به ، ومن الأمثلة على

ذلك :

حق التعاقد بالعقود المشروعة ، فالشخص القادر على الزواج قبل أن يتزوج فعلا له حق التزوج وهو حق مجرد لعدم تعلقه بزوجة معينة .

وكحق خيار الشرط ، فإذا اشترط أحد المتابعين الخيار في الأمضاء أو الرد لمدة معينة ، فإن له خلال هذه الفترة الحق في إجازة العقد أو رفضه .

وكحق التعلي الثابت لصاحب العلو بعد انهدامه [1] .

---

١ - الملكية للدكتور أحمد الفراج ص ١٢٩.

المطلب الرابع
في
التقسم الرابع

تنقسم الحقوق بإعتبار الإسقاط وعدمه إلى قسمين :

١ - الحقوق التي تقبل الإسقاط:

الأصل في الحقوق أن تسقط باسقاط من يملكها بخلاف الأعيان فإنها لا تسقط وإنما تخرج من ملك مالكها بأي تصرف كالبيع أو الهبة ومن أمثلة الحقوق التي تقبل الإسقاط : حق الشفعة ، وحق خيار الشرط ، وحق خيار العيب ، وحق القصاص إلى غير ذلك [1] .

٢ - الحقوق التي لا تسقط بالاسقاط:

هناك حقوق لا تسقط بالاسقاط لوجود مانع يمنع من اسقاطها ، وهي :

أ - حقوق لا تقبل الإسقاط لأنها لم تجب بعد ، مثل إسقاط الزوجة نفقتها المستقبلية التي لم يدخل وقتها ، ومثل إسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ، ومثل الولد الذي يقول اسقطت حقى في الاعتراض على وصية ابي حال حياته ، ومثل إسقاط الشريك حقه في الشفعة قبل البيع عند جمهور الفقهاء (خلافا للإباضية وبرأيهم أخذ القانون المدني الجديد المادة ٩٤٨ الفقرة الاولى « يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع» .

كل هذا لا يسقط لأن الحق نفسه لم يوجد عند الإسقاط[2] .

---

١ - المدخل للفقه الإسلامي لمدكور ص ٤٣٦، النظريات العامة لفراج والسريتي ص ٢٩.
٢ - أنظر: المرجعين السابقين.

ب - الحقوق التي اعتبرها الشارع وصفا ذاتيا لصاحبه لازما لا ينفك عنه ، مثل اسقاط الأب والجد حقهما في الولاية على الصغير ، لأن الولاية كالأوصاف الذاتية فلا تسقط بإسقاطه ولا بسكوته عن اشتراطها حتى ولو اشترط نفيها من الاصل .

وقال أبو يوسف : ولاية الواقف على وقفه ثابتة له وتأخذ حكم ما سبق .

جـ -حقوق لا تسقط لأن الإسقاط فيه تغيير للأوضاع الشرعية ، مثل اسقاط الواهب حقه في الرجوع في الهبة ، واسقاط الموصي حقه في الرجوع عن الوصية واسقاط المطلق رجعيا حقه في الرجعة ، فكل هذا لا يسقط بالإسقاط ، فالمانع هنا أن الإسقاط فيه تغيير لحكم الشرع .

د - حقوق لا تسقط لأن للغير حق فيها ، مثل إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة ، ومثل اسقاط المطلق حقه في عدة مطلقته ، ومثل اسقاط المسروق منه والمقذوف حقه في السرقة والقذف ، فإن شيئا من هذا لا يسقط بالاسقاط ، لأن للصغير المحضون حقا في الحضانة وحق الصغير مقدم ، ولأن لله جل شأنه حقا في وجوب العدة وفي الحدود ، وحقه تعالى فيها اغلب من حق العبد فيقدم مراعاة للحق الاغلب (1) .

---

1 - التلويح على التوضيح ١٢٩/٣.

المطلب الخامس
في
التقسيم الخامس

تنقسم الحقوق باعتبار التحديد والتقدير وعدمه إلى أقسام هي[1] :

١ - الحق المحدد:

هو الحق الذي بين الشرع أو الالتزام أنه مقدر .

مثل : الفرائض الخمس في الصلاة ، وصوم رمضان ، والمقادير الواجب اخراجها في الزكاة حسب أنواعها ، وذلك في العبادات .

أما في المعاوضات المالية ، فمثل : أثمان المشتريات في العقود ، والمثل في المتلفات المثلية .

حكمه:

١ - أنه واجب مطلوب الأداء .

٢ - يتعلق بذمة من عليه أداء الحق ، وذلك بمجرد وجود سببه ، ويصير ديناً في ذمته .

٣ - لا تبرأ الذمة منه إلا بأداء المقدار المحدد ، وعلى الوجه الذي عينه الشرع .

٤ - لا يسقط عند عدم الأداء بسكوت صاحب الحق على عدم المطالبة به .

٥ - لا يتوقف ثبوته على الرضا ، أو حكم القاضي ، أو المصالحة ، لأن تحديده من جهة الشرع .

---

١ - الحق في الشريعة الإسلامية لطموم ص ١٢٨ - ١٣١ ، الاسلام وحقوق الإنسان لقطب محمد طبلية ص ٩٩ - ١٠٠ .

٦ - لا يسقط عند عدم الأداء إلا بدليل شرعي في حق الله ، مثل : سقوط الصلاة على الحائض .

أما في حق الشخص ، فيسقط الحق بإبراء الذمة والتنازل عنه[١] .

٢ - الحق غير المحدد:

هو الحق الذي لم يعين الشرع مقداره مع وجود التكليف به وطلبه .

مثل : الصدقات ، والانفاق في سبيل الله ، والانفاق على الأقارب .

لتعذر تحديد هذه الحقوق بالنسبة لظروف كل حق ، والأشخاص المؤدى منهم والمؤدى لهم .

حكمه:

١ - أنه مطلوب الأداء .

٢ - لا يصير ديناً في ذمة من عليه الحق بمجرد وجود السبب .

٣ - التقدير والتحديد بالتراضي أو بحكم القاضي أو بالمصالحة هو الذي يؤدي إلى شغل الذمة بهذا الحق .

٤ - لا يجوز لصاحب الحق أن يطالب بحقه عن المدة السابقة لتحقيق حقه وتقديره ، لأن ذمة من عليه الحق لم تكن مشغولة به .

٥ - يسقط بمضي المدة والسكوت عن المطالبة به .

٦ - حكم القاضي فيه مثبت للحق .

٣ - الحق المختلف فيه:

هو الحق الذي أخذ بشبه من الحق المحدد ، وبشبه من الحق غير المحدد .

مثل نفقة الزوجة على الزوج ، وقد اختلف الفقهاء في هذا الحق .

---

١ - الأحكام في أصول الأحكام ١/ ٣١٠.

ذهب الحنفية ، ورواية عن الحنابلة [1] إلى أن النفقة تجب صلة ولا تجب عوضا ، لأنها تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة وحال كل من الزوجين يسرا وعسراً وغنى وفقراً .

واستدلوا على ذلك بقول الرسول ﷺ لهند بنت عتبة عندما اشتكت من زوجها أبا سفيان : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2] .

وذهب المالكية والشافعية ، والحنابلة [3] في الأرجح إلى أن نفقة الزوجة محددة ومقدرة شرعاً ، لأن النفقة عوض عن الملك ، ولذلك كانت ذمة الزوج مشغولة بحق الزوجة في النفقة قبل التراضي عليها ، أو حكم القاضي ، ولها الحق في المطالبة بها عن مدة خلت ومضت وسابقة على حكم القاضي .

والراجح قول الأحناف ومن معهم ، والذي ينص على أن النفقة حق غير محدد لأن المهر هو العوض عن الملك وليست النفقة ، ولا يجتمع عوضاً عن معوض واحد .

قال الشوكاني [4] : «والحديث حجة عليهم ، كما اعترف بذلك النووي» .

---

١ - المغنى ٩/ ٢٤٩، الاقناع ٤/ ١٤٧، بلغة السالك على الشرح الصغير ١/ ٥١٨.

٢ - نيل الأوطار ٧/ ١٣١ - ١٣٢، اللؤلؤ والمرجان حديث رقم ١١١٥.

٣ - المغنى ٢٤٩/٩، الأقناع ١٤٧/٤، بلغة السلك على الشرح الصغير ٥١٨/١.

٤ - نيل الأوطار ٧/ ١٣١ - ١٣٢.

المطلب السادس
في
التقسيم السادس

تنقسم الحقوق باعتبار ما يورث من الحقوق وما لا يورث إلى[1] .

١ - حقوق شخصية:

اتفق الفقهاء على أن الحقوق الشخصية الخالصة لا تورث ولا تعتبر تركة للمورث ، وذلك كالوظيفة والوكالة ، والولاية ، لأن هذه الحقوق تثبت لمعني في صاحبها وهو مقدرته وكفايته وعدالته ، والناس يختلفون في هذا ، ومن ثم لم يجر انتقال لهذه الحقوق عن طريق الإرث .

٢ - الحقوق المالية أو المالية تبعاً:

لا خلاف بين الفقهاء وفي أن ما كان من الحقوق مالياً خالصاً أو تبعاً للمال أنه يورث كالمال المملوك عقاراً كان أو منقولاً لا عيناً كان أو ديناً ، وكالدية الواجبة بالقتل العمد أو شبه العمد أو قبول الدية في القتل العمد وحقوق الارتفاق .

٣ - الحقوق المتصلة بالمال:

كحق الشفعة وحق الخيار وحق الانتفاع بالموصى به ، والحقوق التي تعلق حق الغير بعين منها كحق رهن العين حتى استيفاء الدين ، وكحق حبس المبيع حتى استيفاء الثمن .

وهذه الحقوق اختلف الفقهاء في توريثها على رأيين :

---

١ - النظريات الفقهية للدكتور فراج والسريتي ص ٣٠ - ٣١.

٢ - المغنى ٣/ ٥٨٢.

١ - ذهب جمهور الفقهاء : المالكية ، الشافعية ، والحنابلة إلى أنه يجرى فيها الإرث لقوله ﷺ : «من ترك حقاً أو مالاً ، فهو لورثته بعد موته» [١] .

٢ - وذهب الأحناف إلى أنها لا تورث ، لأن كلمة «حق» ليست واردة في الحديث ، فلا يكون الحديث دليلاً على توريث الحقوق ، إلا أنهم الحقوا بالأموال الحقوق التابعة لها كحقوق الارتفاق .

وأثبت بعض الأحناف كلمة «حق» في الحديث واستدلوا بها على توريث بعض الحقوق دون البعض الآخر وقالوا [٢] :

الحقوق على ضربين :

أ - حق يتعلق بالمحل ، وهو الذي يبقى بعد الموت ، لأنه يبقى ببقاء المحل المتعلق به ، فيكون الميت تاركاً له فيثبت لوارثه بالحديث ، وذلك كالقصاص .

ب - حق يتعلق بالفعل ، فيبقى ببقاء أهلية الشخص للفعل ، وبالموت لا يبقى الشخص أهلاً للفعل ، فلا يبقى له فيه حق فلا يورث بعد موته ، وذلك كخيار الشرط ، فإنه متعلق بالفعل لأنه عبارة عن ولاية الفسخ ، والشخص بالموت لا يبقى أهلاً للفسخ ، فلا يبقى له حق ، فلا يكون تاركاً له فلا يورث .

والراجح ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم ، ولأن الحقوق منافع والأعيان تراد لمنافعها ، والمنافع أموال [٣] .

---

١ - صحيح البخاري ٨/ ١٥٠.
٢ - فتح القدير ٥/ ١٢٥.
٣ - النظريات الفقهية ص ٣٢.

المطلب السابع
في
التقسيم السابع

قسم ابن رجب الحقوق إلى خمسة أنواع [1] ، وينصب هذا التقسيم على حقوق العباد التي تتعلق بالأموال وهي :

١ - حق الملك .

٢ - حق التملك ، كحق الوالد في مال ولده ، وحق الشفيع في الشفعة .

وقد اختلف في الموصى له بعد موت الموصى ، وفيه وجهان :

أحدهما : أنه يثبت له الملك ، وقيل : أنه ظاهر كلام أحمد .

والثاني : إنه يثبت له حق التملك بالقبول ، وهو المشهور عند الأصحاب .

٣ - حق الانتفاع ، وقد بين أنه يدخل فيه صور منها : وضع الجار خشبة على جدار جاره ، إذا لم يضربه ، واجراء الماء في أرض غيره ، إذا اضطر إلى ذلك في أحد الراويتين .

٤ - حق الاختصاص ، وهو عبارة عما يختص مستحقة بالانتفاع به ، ولا يملك أحد مزاحمته فيه ، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات .

وهناك صور من حق الاختصاص منها : مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز فيها البيع والشراء ، فالسابق إليها أحق بها ، ومنها : الجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح ، فيكون الجالس أحق بمجلسه

---

١ - قواعد بن رجب ص ١٨٨ - ١٩٥.

إلى أن يقوم عنه .

٥ - حق التعلق لاستيفاء الحق ، ومثل له بجملة من الصور منها :
تعلق حق المرتهن بالرهن ، ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوسة بكل جزء من الدين حتى يستوفي جميعه .

المطلب الثامن
في
التقسيم الثامن

تنقسم الحقوق باعتبار العبادات والعادات ، وحق الله وحق العبد إلى خمسة أقسام [1] .

١ - حق الله في العبادات الخالصة:

مثل : الصلاة والصوم .

وحكمه : لا يحتمل الشركة ، ولابد أن تكون العبادات منصرفة إلى الله تعالى وحده في النية والتوجه والاعتقاد .

٢ - حق الله في العادات من جهة الوضع الأول الكلى الداخل تحت الضروريات: لا يجوز لاحد تحريم ما أحل الله من الطيبات .

قال تعالى [2] : **﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق﴾** .

وقال تعالى [3] : **﴿يا أيها الذي آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾** .

نهى الحق تبارك وتعالى عن تحريم الحلال ، وجعل ذلك التحريم من غيره تعدياً على حق الله ، لأن صاحب الحق في الحل والحرمة هو وحده جل شأنه ، فإذا أحل شيئاً فلا يجوز لأحد تحريمه على نفسه ، ومن باب أولى تحريمه على غيره .

---

١ - الموافقات للشاطبي ٢ / ٣٢١ المسألة العشرون.

٢ - سورة الاعراف (٣٢).

٣ - سورة المائدة (٨٧).

٣ - حق الله تعالى في العادات من جهة الكسب وجهة الانتفاع:

وهو الوضع التفصيلي الذي يقتضيه العدل بين الخلق ، واجراء المصلحة على وفق الحكمة البالغة ، مثل : حق الغير ، فالمحافظة عليه حق الشرع ، ولا خيرة فيه للشخص ، حيث لا يجوز له أن يسقطه كله ، لأنه حق لله تعلى صرفاً .

حكمه : يجوز للغير أن يسقط حقه باختياره في بعض الجزئيات الخاصة به ، وليس في الأمر الكي المتعلق بالغير مطلقاً .

٤ - حق العبد من جهة الدار الآخرة:

وعد الله عبده الذي يمتثل أمره بالنعيم المقيم في الآخرة جزاء طاعته .

حكمه: يقيه الله بسبب ذلك عذاب الجحيم فلا يدخلها ، وينعم عليه بالجنة والخلود فيها ، وغير ذلك مما ينعم الله به على عباده المخلصين .

٥ - حق العبد من جهة أخذه للنعمة على كمالها، فيما يليق بالدنيا.

حكمه: يجوز في خاصة نفسه ومن يعولهم أن يتمتع بما أنعم الله عليه في الدنيا بدون اعتداء [1] .

قال تعالى [2] : **﴿فكلوا مما رزقكم الله حلالاً طيباً واشكروا نعمة الله إن كنتم إياه تعبدون﴾** ، وقال - صلى الله عليه وسلم - [3] : «فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً ، وحق العباد على الله أن لا يعذب من لا يشرك به شيئاً» .

---

١ - الحق في الشريعة الاسلامية لطموم ص ١٢٥ - ١٢٧.

٢ - النحل (١١٤).

٣- اللؤلؤ والمرجان ص ٧ - ٨ الحديث رقم ١٩.

المطلب التاسع
في
التقسيم التاسع

تنقسم الحقوق باعتبار المكلف بأداء الحق ، من حيث الفرد أو الجماعة إلى ثلاثة أقسام (١) :

١ - الحق العيني:

وهو المقرر شرعاً أو التزما أداؤه على كل فرد من المكلفين على حده .

مثل : اركان الإسلام الخمس ، واداء الامتحانات بالنسبة للطلاب ، وأداء العقوبة وتنفيذها بالنسبة للمحكوم عليه بها .

حكمه: يتوجه الأداء فيه إلى كل فرد من أفراد الخطاب ، ولا يسقط إلا بادائه عن نفسه ، فكل شخص عليه أداء الحق بذاته وعينه دون غيره .

٢ - الحق الكفائي:

وهو المقرر شرعاً أو التزاماً على مجموع الأفراد المكلفين بأدائه ، وليس مقرراً على كل فرد على حدة .

مثل : الجهاد ، ورد السلام ، وصلاة الجنازة .

حكمه:

١- إذا فعله البعض سقط عن الباقين .

٢ - المكلف به مجموع أفراد المجتمع ، ويتوجه الأداء إلى مجموع المكلفين .

٣ - إذا فعله البعض وقد بذلوا فيه قدر طاقتهم ، ولم يتأدى الحق

---

١ - الموافقات ١/ ١٧٦ شرح الشيخ عبدالله دراز.

بأدائهم سقط الإثم عنه ، وأثم الباقون الذين لم يؤدوا هذا الحق .

٤ - إذا لم يفعله جميع أفراد المجتمع أثم الجميع .

٣ - الحق الكفائي الذي يصير حقاً عينياً:

وهو ما كان مقرراً على مجموع أفراد المكلفين ، إلا أنه لم يوجد من القادرين على ادائه إلا فرد واحد فقط .

مثل : وجود طبيب واحد من المتخصصين في مرض العين ولا يوجد من يعالج المريض بالعين إلا هذا الطبيب المتخصص ، فيصير الحق الكفائي بالنسبة لهذا الطبيب حقاً عينياً .

حكمه: من تحول في حقه الحق الكفائي إلى حق عيني ، صار الحق بالنسبة له حقاً عينياً ويلزمه أداؤه ، فإن أداه برئت ذمته وإلا فلا .

المطلب العاشر
في
التقسيم العاشر

تنقسم الحقوق باعتبار اعذار تقتضى التخفيف أو عدمها إلى قسمين :

أ - الحق التام:

هو ما وجب أصلاً في الحالة الطبيعية ، مع عدم وجود عذر شرعي .

مثل : الصلوات الخمس ، والصوم .

وأداء الدين من المدين للدائن ، ودفع الثمن من المشتري للبائع قبل تسلمه المبيع .

حكمه : واجب الأداء طالما أنه لم يتحقق أي سبب من أسباب التخفيف الشرعية .

ب - الحق المخفف:

وهو ما شرع على خلاف الأصل بسبب عذر معتبر شرعاً ، أو التيسير والتسهيل في الأداء على المكلف به .

والتخفيف قد يكون في حقوق الله ، وقد يكون في حقوق العباد ، وهو أنواع :

١ - تخفيف إسقاط:

مثل : اسقاط الصلاة عن المرأة الحائض ، وعدم وجوب القضاء عليها .

وتوضيح ذلك : أن في قضاء الصلاة عن مدة الحيض فيه مشقة عظيمة على المرأة لتكررها كل يوم [١] ، ولذلك أسقط الله عنها الصلاة

---

١ - الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٧.

مدة الحيض ، فكان حق الله في الصلاة مدة الحيض ساقطاً ، تخفيفاً عليها ورحمة بها ، وتيسيراً عليها في أداء حق الله في الصلاة .

وأما الصوم فلا يسقط عن الحائض ، لأنه لا يجب في العام إلا مرة واحدة ، ولذا يجب قضاؤه قبل أن يدركها رمضان آخر ، ويكون في القضاء تخفيف تأخير .

٢ - تخفيف تنقيص:

مثل : القصر في الصلاة للسفر - عند غير الحنفية [1] ، وهو أن يصلي المسلم المسافر الظهر والعصر والعشاء ركعتين فقط أثناء السفر المشروع .

وعلة التخفيف في الصلاة للمسافر هي أن السفر فيه مشقة ، فأراد الله أن يخفف على عباده بجعل الصلاة الرباعية ثنائية ، حتى لا يكون لهم عذر في عدم أدائها ، فكان حق الله تعالى نقاصا تخفيفاً على المسلمين ، وتحقيقاً لمصلحتهم .

وعلى قول الحنفية الصلاة شرعت أولاً ركعتين ، واتمامها أربعة فرض بعد ، فلا يصح أن يكون القصر مثالاً لتخفيف التنقيص .

ومن أمثلة التخفيف : وجوب نصف العشر في زكاة الزروع والثمار ، إذا كانت الأرض تسقى بالآلة ، لأن الأصل في زكاة الزروع والثمار هو العشر ، إذا سقيت بماء المطر .

فنظراً للمشقة التي تصحب الري بالآلة خفف الله تعالى حقه في زكاة الزروع والثمار بقدر النصف ، رفعاً للحرج والمشقة في التكليف .

٣ - تخفيف عدم زيادة:

مثل القصر في السفر - عند الحنفية - فإن فرض الصلاة الرباعية - الظهر والعصر والعشاء - ركعتان فقط ، ولا يصح للمسافر أن يزيد عليهما

---

١ - المغنى لأبن قدامة ٢/ ١٠٧ وما بعدها.

أو يتمها إلى أربع ، لأن الركعتين في فرض الرباعية هي ما شرعت أولاً ، ثم زيدت إلى أربع ركعات ، وبقيت صلاة السفر على حالها ركعتين فقط دون زيادة ، لأن الأصل في السفر المشقة ، والمشقة تجلب التيسير .

واستدل الحنفية على ذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - [1] : «فرض الله الصلاة حين فرضها ركعتين ركعتين ، في الحضر والسفر ، فأقرت صلاة السفر ، وزيدت في صلاة الحضر» .

٤ - تخفيف إبدال: [2]

مثل : ابدال الوضوء والغسل بالتيمم ، فحق الله التام في الطهارة المائية ، فاذا تعذر استعمال الماء أو انعدمت القدرة على استعماله انتقل الحق إلى الطهارة الترابية ، فكان التخفيف بابدال الماء بالتيمم ، ليتمكن المسلم من أداء الصلاة وغيرها من العبادات .

٥ - تخفيف تقديم: [3]

مثل : تقديم أداء زكاة الفطر في رمضان وقبله على الصحيح بشرط وجود النفس بصفة المؤنة والولاية .

وبيان ذلك : أن الأصل في زكاة الفطر أنها تجب بغروب شمس آخر يوم من رمضان أو بفجر أول يوم من شوال على خلاف بين الفقهاء ، فكان حق الله مخففاً تخفيف تقديم ، وذلك بجواز أدائها ابتداء من شهر رمضان مراعاة لحاجة الفقراء إليها قبل العيد لإدخال السرور والفرح إليهم .

٦ - تخفيف تأخير:

مثل : تأخير صيام رمضان بالنسبة للمريض والمسافر سفراً شرعياً ،

---

١ - اللؤلؤ والمرجان رقم (٣٩٨) ص ١٣٦.

٢ - كشف الأسرار للبزدوى ٤/ ١٦٤.

٣ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٣، المغنى ٢/ ٦٤٥.

والمرأة الحائض والنفساء :

وبيان ذلك : أن صيام رمضان فرض على كل مسلم بالغ عاقل قادر على الصيام وشهد شهر رمضان لقوله تعالى [1] : ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ ، والمريض والمسافر قد شهد كل واحد منهما الشهر ، ولكن يشق عليهما الصيام فخفف الله تعالى على عباده بتأخير أداء حقه في الصوم بالنسبة للمسافر والمريض ، حتى لا يشق عليهما وهما في حالة السفر والمرض .

٧ - تخفيف إخلاء:

مثل : تخفيف عرفه ، وهو اخلاء الوقت في يوم عرفات بعد جمع صلاة العصر مع الظهر جمع تقديم ، إلى أواخر وقت العشاء في آخر الليل عند جمع صلاة المغرب مع العشاء جمع تأخير في مزدلفة .

وبيان ذلك : أن الأصل في صلاة العصر أنها لا تجب على المكلف إلا بعد دخول وقت العصر ، وقبل دخول وقته لم يوجد حق الله تعالى في أداء صلاة العصر ، ولكن لما كان الحاج الواقف بعرفات مشغولاً في وقت العصر بالاستعداد للرحيل والإفاضة من عرفات ، خفف الله تعالى عنه بتقديم أداء العصر قبل دخول وقته ، وذلك بجمع صلاة العصر مع الظهر جمع تقديم ، فكان هذا تخفيفاً بإخلاء الوقت للانشغال .

٨ - تخفيف ترخيص: [2]

مثل : إباحة شرب الخمر للغصة لمن خاف على نفسه الهلاك ، وجواز أكل الميتة عند المخمصة ، والتلفظ بكلمة الكفر عند الاكراه .

وتوضيح ذلك : أن حق الله على عباده تحريم الخمر والامتناع عن شربه ، وتحريم أكل الميتة ، ولما كانت حياة الإنسان غالية مصونة ، ويحرم

---

١ - البقرة (١٨٥).

٢ - الحق في الشريعة الإسلامية لطموم ص ١٦٧.

اهلاكها ، فإذا وجد المسلم في صحراء ، ثم وجد خمراً عند العطش ، أو ميتة عند الجوع ، فخفف الله على عبده ورخص له في شرب ما ينقذ حياته من الخمر ، وأكل ما ينقذ حياته من الميتة ، فأسقط الله حقه لمصلحة عبده ، وذلك بالترخيص له بشرب الخمر وأكل الميتة ، فإذا امتنع المسلم عن شرب الخمر أو أكل الميتة حتى هلك أثم .

٩ - تخفيف تغيير:

مثل : تغيير نظم الصلاة للخوف من عدو ، وتغيير الحق إلى المثل أو القيمة في العين المضمونة بنفسها إذا هلكت .

وبيان ذلك : أن الأصل في الصلاة المفروضة أن لها صورة معينة في ادائها جماعة ، وفي الاتجاه إلى القبلة وغير ذلك .

ولكن في حالة الخوف من عدو ، يكون حق الله مخففاً رحمة من الله بعباده ، فتؤدي الصلاة بكيفية مغايرة لكيفية الصلاة المعهودة في أداء صلاة الجماعة ، وتكون القبلة للمصلين هي جهة العدو ليكون المسلمون على حذر من عدوهم ، ولا يفاجئهم من خلفهم ، فكان حق الله في أداء صلاة الجماعة حالة الخوف فيه تخفيف تغيير عن الصلاة المعهودة (١) .

---

١ - أنظر: المرجع السابق ص ١٧١.

المبحث الخامس
في
من يثبت له الحق

قلنا إن الحق من ناحية من يضاف إليه إما أن يكون حقاً لله خالصاً أو غالباً ، وإما أن يكون حقاً للعباد خالصاً أو غالباً .

وقد أثبت الفقه الإسلامي حقوق العباد للأشخاص الطبيعيين من أفراد بني الإنسان ، وغير الطبيعيين ، أما الشخص الاعتباري ، فإنه لابد لمباشرة التصرفات والأفعال المتعلقة به من وجود شخص أو أشخاص طبيعيين ، يمثلونه ويتصرفون نيابة عنه .

وسنتناول هذا الكلام عن الأهلية بالتفصيل وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول
في
الأهلية

الأهلية في اللغة: [1]

الأهلية للأمر : الصلاحية له ويقال : فلان أهل لكذا أي مستحق وصالح له .

وأما في الإصطلاح:

فهي صلاحية الشخص لأن تثبت الحقوق المشروعة له أو عليه وصلاحيته لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً وبعبارة أخرى : هي صلاحية الشخص للالزام والالتزام . [2]

أنـــواعـــهـــا

وتنقسم إلى:

١ - **أهليـة وجـوب:** وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه .

وضابط هذه الأهلية أمر قدره الفقهاء وهي ما يسمى بالذمة .

وهي : صفة قدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه ، وتثبت للشخص بمجرد وجود الحياة فيه .

---

١ - المعجم الوسيط ٣٢/١.

٢ - أصول الفقه للشيخ زكريا البرديس ص ١٣١، نظرية العقد للشيخ أبو زهرة ص ٢٠٢.

وتنقسم إلى قسمين :

أ - أهلية وجوب ناقصة:

وهي : صلاحية الشخص لثبوت الحقوق فقط دون وجوب الالتزامات عليه لغيره ، وهي تثبت بهذه الصيغة للجنين قبل ولادته .

ب - أهلية وجوب كاملة:

وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه .

وهي تثبت للإنسان منذ ولادته حياً ، فاذا ولد الإنسان حياً كان صالحاً لثبوت الحقوق له كما هو الحال في أهلية الوجوب الناقصة ويزاد عليها أنه يعتبر متحملاً لحقوق الآخرين عليه كدية القتل الخطأ الواجبة على العاقلة .

وهذه الأهلية بقسميها لا أثر لها في انشاء العقود ، إذ قد يكون الشخص ذا أهلية وجوب كاملة ومع ذلك لا يكون أهلاً للإنشاء كما في العبد غير المميز ، والصبي أيضاً غير المميز . (١)

٢ - أهلية الآداء:

معناها : صلاحية الشخص لأن ينشئ حقوقاً ويلتزمها أو هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً ، ومناط هذه الأهلية هو العقل والتمييز ، فلا تثبت هذه الأهلية لغير المميز والمجنون والمعتوه ، لأن عباراتهم غير صالحة لأن تكون سبباً في انشاء الحقوق لهم أو لغيرهم .

وتكون أهلية الأداء كاملة وناقصة تبعاً لكمال العقل ونقصانه .

أ - أهلية أداء كاملة:

وهي صلاحية الإنسان لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به

---

١ - نظرية العقل للدكتور شوكت ص ٤٩ ، للدكتور بدران أبو العينين ص ٤٢٢ .

شرعاً ، وتثبت للبالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجر عليه لأي سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان صالحا لإنشاء جميع العقود والتصرفات المشروعة .

ب - أهلية آداء ناقصة:

وهي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون بعض على وجه معتبر شرعاً - وتثبت هذه الأهلية لناقص التمييز وهؤلاء هم : الصبي المميز ، المعتوه المميز ، والسفيه ومن في معناه وهو ذو الغفلة ، فهؤلاء جميعاً ناقصوا أهلية الآداء ، لأن أصل التمييز عندهم ، ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير .

ونتحدث فيما يأتي عن بعض ناقصي الأهلية .

المطلب الثاني
في
الصبي المميز

الصبي غير المميز لا يحق له أن يباشر شيئاً من التصرفات مطلقاً حيث لم تكن له أهلية أداء كاملة أو ناقصة .

ولا يتصور التمييز قبل سن السابعة ، اذ هي السن التي يتصور أن يميز فيها الصبي بين معاني الفاظ العقود في الجملة ، ويعرف المراد منها عرفاً وقد يتجاوز الشخص هذه السن ولا يوصف بالتمييز مادام لم يعرف معاني العقود ومقتضاها في عرف الناس في الجملة .

وعلى ذلك فضابط التمييز هو هذه المعرفة ، غاية الأمر أنه لا يتصور دون السابعة .

أما نهاية الصبا ، فهو بلوغ الحلم غير أن تمام أهلية الآداء لا يكون إلا ببلوغ الرشد أيضاً .

لقوله تعالى : **﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾** ، فدفع المال وأهلية الآداء كاملة ضابطه أمران هما :

بلوغ النكاح ، ايناس الرشد .[1]

عقود وتصرفات الصبي المميز:

اختلف فيها على رأيين :

أولاً: يرى الشافعية وأبو ثور أنه لا يصح تصرفه مطلقاً ، لا لنفسه ولا

---

١ - نظرية العقد للدكتور محمد شوكت ص ٥٢ ، القرطبي ٥/ ٣٧.

لغيره ، وسواء أذن له وليه أم لا .[1]

وحجتهم في ذلك :

قوله صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يفيق»[2]

وجه الدلالة :

أن الحديث دل على أن الصبي لا يجب عليه شيء ، كما يدل على اسقاط أقواله وأفعاله .[3]

ولأنه غير مكلف أشبه غير المميز ، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لخفائه وتزايده تزايد خفي التدرج ، فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ ، فلا يثبت له احكام العقلاء قبل وجود المظنة .[4]

ثانياً: باقي الأئمة قالوا بجواز عقوده في الجملة:

١) فالحنفية قسموا تصرفات الصبي إلى ثلاث أقسام :

أ - تصرفات نافعة له نفعاً محضاً : وهي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه دون مقابل مثل قبول الهبة والوصية والوقف .

وهذه التصرفات تصح من الصبي المميز ، وتكون نافذة دون حاجة إلى اذن من الولي أو الوصي لأنها في مصلحته على كل حال .

ب - تصرفات تضر به ضرراً محضا : كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة أو صدقة أو وقف ، وكذا اقراضه ونحو ذلك ، فهي لا تصح حتى ولو أذن فيها الولي أو الوصي ، لانهما لا يملكان

---

١ - المجموع ٩/ ١٥٦ - ١٥٨.
٢ - نيل الأوطار ٥/ ٢٤٩.
٣ - المجموع ٩/ ١٥٨.
٤ - المغنى ٤/ ٢٧٢.

انشاءها ابتداءً .

جـ - تصرفات تدور بين النفع والضرر : كالبيع والإجارة والشركة وغيرها ، وهي تصرفات يختلف حكمها تبعاً لحال الصبي :

١) فإن كان غير مأذون له ، فإنه يتوقف نفاذ هذه العقود والتصرفات على إجازة وليه أو وصيه وإلا بطلت .

والإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا كان ولي المميز أو وصيه يملك انشاء هذه العقود وانفاذها ابتداء .

٢) وإن كان مأذوناً له في التجارة كان له أن يباشر بنفسه من العقود والتصرفات ما من شأنه أن يباشر التجارة ، وكذا له أن يوكل غيره في مباشرة هذه التصرفات ، ومقتضى هذا الإذن تكون عقوده نافذة سواء أكانت بمثل القيمة أو بغبن يسير .

وعند الإمام أبي حنيفة تنفذ حتى ولو كانت بغبن فاحش ، محتجاً بأن الصبي المميز يلحق بالبالغ ويصير بمنزلته .

وقال الصاحبان : لا تصح عقوده وتصرفاته بالغبن الفاحش لأنها بمنزلة التبرع ، والصبي ليس أهلاً للتبرعات ولو بالإذن (١) ، أما العقود والتصرفات التي ليست متعلقة بالتجارة فلا تكون نافذة إلا إذا أجازها الولي .

٢ - وذهب المالكية إلى أن عقود وتصرفات الصبي المميز تدور مع المصلحة ، فإن كانت المصلحة في إجازتها تعين على الولي ذلك ، وإلا تعين عليه ردها .

وأن استوت المصلحة في الإجازة والرد كان الولي بالخيار وهم كالحنابلة في إجازة تصرف الصبي في الشيء اليسير بدو توف على إذن

---

١ - حاشية أبن عابدين ٤/ ٣٤٠، البدائع ٥/ ١٤٩ - ١٥٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠.

الولي .[1]

٣ - وذهب الحنابلة إلى صحة عقود الصبي المميز وتصرفاته مطلقاً إذا أذن له الولي ، وبدون الاذن لا يصح شيء منها أيا كان عقده ولو كان من التصرفات النافعة نفعاً محضاً خلافا لبعضهم .

ويصح عندهم تصرف الصبي - ولو لم يكن مميزاً - بدون الإذن في الشيء «اليسير» لأن الخوف من ضياع الأموال مفقود في اليسير[2] .

■ دليل من قالوا بجواز تصرف الصبي المميز:

قال تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ ، ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء ، وليعلم هل يغبن أو لا .

ولأنه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد وفارق غير المميز ، فانه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ،معرفته ولا حاجة إلى اختباره ، لأنه قد علم حاله .

وقولهم : «إن العقل لا يمكن الإطلاع عليه» مردود ، لأنه يمكن ذلك بآثار وجريان تصرفاته على وفق المصلحة ، كما يعلم في حق البالغ ، فان معرفة رشده ، شرط دفع ماله وصحة تصرفه كذا ههنا .[3]

---

١ - حاشية الدسوقي ٣/ ٢٩٥ - ٢٩٨.
٢ - كشاف القناع ٢/ ٧٠٦، المغنى ٤/ ٢٧٢.
٣ - المغنى ٤/ ٢٧٢.

المطلب الثالث
في
الجنون والعته

الجنون :

اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً . (١)

والجنون يؤثر في أهلية الآداء فيجعلها كأن لم تكن ، فأما أهلية الوجوب فتبقي كما هي ، فإذا صدر من المجنون ما يدل على التعاقد فلا يعتد به اطلاقاً .

ويعتبر المجنون محجوراً عليه شرعاً ، أي ممنوعاً من التصرف من وقت وجود المرض الذي ذهب بعقله ، ويزول ويرتفع عنه كذلك بزوال المرض دون توقف في ثبوته أو زواله على حكم من القاضي .

فاذا صدر تصرف من شخص أصيب بالجنون ، فان ثبت أنه صدر أثناء قيام المرض كان باطلاً ، وأن ثبت أنه صدر قبل وجوده أو بعد زواله كان صحيحاً . (٢)

هذا فيمن كان جنونه مطبقاً ، فأما من كان جنونه متقطعاً بحيث يفيق تارة ويجن أخرى ، فإن ما يصدر عنه من أفعال وأقوال في حالة إفاقته تكون معتبرة شرعاً . (٣)

والعته آفة توجب خللا في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام

---

١ - التلويح ٣/ ١٦١.

٢ - كشف الأسرار ٤/ ١٣٨٩، التلويح على التوضيح ٢/ ١٦٧.

٣ - دراسة مقارنة حول عقد البيع للدكتور الشافعي عبد الرحمن ص ٢٥.

فيشبه كلامه كلام العقلاء وبعض كلامه كلام المجانين ، وكذا سائر أفعاله .

وعلى ذلك فالعته أحيانا يصحبه تمييز ، وأحيانا لا يصحبه تمييز ، وفي الحالة الأولى يكون كالصبي المميز ، وفي الثانية يكون كالمجنون . (١)

والمعتوه يشبه الصبي المميز ، ومن ثم فحكم عقوده وتصرفاته كحكم عقود الصبي المميز سواء بسواء .

---

١ - الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٢٩.

المطلب الرابع
في
السكران

تعريف السكر في اللغة:

السكر بالفتح : هو عصير الرطب اذا اشتد وهو نوع من الرطب شديد الحلاوة ، والسكر اسم منه .

ويقال رجل سكران وامرأة سكرى ، السكرة المرة من سكر ، السكار بائع السكر من الخمر والنبيذ وما أشبههما . (١)

وفي اصطلاح العلماء:

عرفه الامام الغزالي بقوله : هو عبارة عن حالة تحصل من استعلاء أبخرة متصاعدة من المعدة إلى الفكر .

وعرفه الشافعي بقوله : «هو الذي اختل كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم» . (٢)

آراء الفقهاء في تعاقد السكران:

اختلف العلماء في تعاقد السكران على ثلاثة آراء : -

١ - يرى المالكية والحنابلة ان تعاقد السكران غير صحيح مطلقا سواء اكان سكره بمحرم أم بغير محرم . (٣)

٢ - ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية ، ورأي عند الشافعية والحنابلة ان تعاقد السكران صحيح وتترتب عليه آثاره . (٤)

---

١ - المعجم الوسيط ١/ ٤٣٨ - ٤٣٩.

٢ - الشيخ عميرة علي المنهاج ٣/٣٣٣، فتح القدير ٥/ ٣١٢.

٣ - المقنع لأبن قدامه ٢/ ٤، الشرح الصغير ٣/ ١٧، بداية المجتهد ٢/ ٤٧٠.

٤ - مغنى المحتاج ٣/ ٩٩.

٣ - وذهب الشافعية إلى أن السكران المتعدى بسكره ينفذ عقده وكل تصرفاته القولية والفعلية ، أما غير المتعدى بسكره فلا يترتب عليه بشىء .[١]

الأدلة

أولا : أدلة الرأي الأول:

١ - قال تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنو لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ .[٢]

وجه الدلالة:

جعل المولى سبحانه وتعالى قول السكران غير معتد به ، لأنه لا يعلم ما يقول ، واذا كان لا يعلم ما يقول فلا فائدة من محاسبته عليه .[٢]

٢ - واستدلوا من السنة بما روى في قصة حمزة بن عبد المطلب حين عقر بعيرين يملكهما علي بن أبي طالب وعلم النبي ﷺ بذلك فجاء اليه ليلومه على ما فعل فما كان من حمزة الا أن صعد في النبي ﷺ النظر وصوبه وهو سكران ثم قال للنبي ﷺ هل أنتم الا عبيد لأبى؟ فنكص النبي ﷺ على عقبه .[٤]

فهذا القول لو صدر من حمزة حال صحوه لكان ردة ، ولكن دل عدم مؤخذة النبي ﷺ له عليه على عدم الاعتداء بما يصدر من السكران .

٣ - واستدلوا من القياس : فقاسوا السكران على الصبي والمجنون بجامع عدم العقل في كل .

---

١ - مغنى المحتاج ٣/ ٢٩٠.

٢ - الآية ٤٣ من النساء.

٣ - زاد المعاد ٤/ ٧٦، المحلى ١١/ ٣٥٥.

٤ - المرجعين السابقين.

٤ - وأيضا من ناحية المعنى فإننا لو الزمناه بعقوده لأوقعنا به ضررا من حيث قيمة التصرف ، لأنه قد يبيع ما يساوي الفا بمائة وفي ذلك ضرر له والضرر عقوبة تزيد على ما قرره الشارع عليه من الجلد للسكر وتعدد العقوبة على فعل واحد لم يقل به الشارع في السكران .

ثانيا: أدلة الرأي الثاني:

١ - قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ .

ووجه الدلالة:

خاطب الله تعالى السكارى حال سكرهم بأن لا يقربوا الصلاة ، فدل ذلك على إنهم مكلفون ، اذ لو كانوا غير مكلفين لما كانوا أهلا للخطاب ، وعلى ذلك فيجب أن نصحح تصرفاتهم في البيع وغيره .

٢ - أقام الصاحابة السكران مقام الصاحي في قدر الحد وجعلوه ثمانين جلدة ، وروى أن عمر استشار الناس في حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف اجعله كأخف الحدود ثمانين ، فضرب عمر ثمانين وكتب به إلى خالد وابي عبيدة بالشام .

وروى أن عليا قال في المشورة : أنه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى فحدوه حد المفترى . [١]

٣ - وقاسوا تصرفاته القولية على أفعاله إذ أنه محاسب عليها ، فهو يقتل إذا قتل ، ويقطع إذا سرق فكذلك بيعة وشراؤه وطلاقه نافذا كذلك . [٢]

---

١ - المغنى ٧ / ٣٠٧.

٢ - زاد المعاد ٤/ ٧٨.

ثالثا: أدلة الرأي الثالث:

استدل القائلون بالتفريق بين السكران المتعدى بسكره وغير المتعدى فقالوا : -

ان المتعدى بسكره بمقتضى قوله تغليظاً عليه وعقوبة على جرأته وتعديه ، بخلاف غير المتعدى فهو معذور ، فلا يؤاخذ بما كان فيه معذورا .

مناقشة ادلة الرأي الثاني:

١ - أما استدلالهم على أنه مكلف بالآية ، فهو غير مسلم لهم لأن الله لم يخاطبهم حال سكرهم بل بعده بقرينة سبب النزول ، وذلك أن رجلا من الأنصار دعى بعض الصحابة إلى مجلس خمر وذلك قبل أن تحرم ، فتقدم أحدهم فصلى بهم المغرب فقرأ سورة الكافرين محرفة حيث قرأ قل يا أيها الكافرون اعبد ما تعبدون وهكذا بدون النفي ، فأنزل الله قوله ﴿ **يا ايها لذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى .... الخ**﴾ . (١)

٢ - وأما ما ذكر من أن الصحابة سووا بينه وبين الصاحي ، فرد عليه ابن حزم قائلا : هو خبر مكذوب قد نزه الله عنه عليا وعبد الرحمن ابن عوف وفيه من المناقضة ما يدل على بطلانه ، فإن فيه إيجاب الحد على من هذي ، والهاذي لاحد عليه .(٢)

٣ - وأما قياسهم أقواله وعقوده على أفعال من قتل وسرق وطلق فإن المقيس عليه ليس محل اتفاق بل مختلف فيه .

فقد قال عثمان التيمى (لا يلزمه عقد ولا بيع ولاحد الا حد الخمر فقط) . (٣)

---

١ - الكشاف للزمخشري ١/ ١٩٧.

٢ - زاد المعاد ٤/ ٧٩، المحلى ١١ / ٣٥٦.

٣ - زاد المعاد ٤/ ٧٩.

وهذا أحد الروايتين عن الإمام أحمد فهو يجعله في هذه الرواية كالمجنون في كل فعل يعتبر العقل شرطا له .(١)

الرأي المختار:

هو الرأي الأول والذي يري عدم الاعتداد بعبارة السكران لما يأتي : -

١ - أن الشريعة قد قررت للسكر عقوبة دنيوية تتمثل في وجوب الجلد كما قررت جزءا آخرويا لمن يفلت من عقاب الدنيا ، فلا وجه لتقرير عقوبة لم تتقرر من قبل الشرع .

٢ - ان تصحيح عقود السكران لا تكون عقوبة له في كل الأحوال بل ربما يكون بطلانها هو العقوبة وذلك عندما يترتب على هذا البطلان تفويت لمصلحة السكران . والله أعلم .

١- زاد المعاد ٤/ ٧٩.

المطلب الخامس
في
السفيه

● السفه في اللغة:

خفة الحركة ، يقال سفه مثل تعب سفها ، وسفه بالضم سفاهة ، والأنثى سفيهة .

ويقال سفه علينا : جهل ويقال : سفه الجهل حلمه : أطاشه وأخفه .

والسفيه : من يبذر ماله فيما لا ينبغي .[1]

● وفي عرف الفقهاء:

فهو خفة في الانسان تبعثه على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلال عقله .

● وفي اصطلاح الشافعية:

هو من لا يحسن القيام على تدبير ماله .

وعرفه بعض العلماء بأنه : العمل بخلاف موجب الشرع من وجه واتباع الهوى وخلاف دلالة العقل .[2]

● وللسفيه حالتان:

● الحالة الاولى:

أن يبلغ الشخص سفيها [3] :

يرى جمهور الفقهاء أن الشخص إذا بلغ سفيها واستمر ذلك معه ،

---

١ - المعجم الوسيط ١/ ٤٣٤.

٢ - أصول الفقه للخضري ص ١٠٢، بداية المجتهد ٢/ ٢٨١.

٣ - نظرية الملكية والعقد ص ٤٤٣، ولأبى زهرة ص ٣١٩.

فإنه لا يسلم اليه ماله لقوله تعالى : ﴿ ولاتؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ ، وذلك تأديبا وزجرا له ، ولكن تنفذ تصرفاته ما دام بالغا عاقلا .

كما أن أكثر الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ومعهم أبو يوسف ومحمد على انه يستمر الحجر عليه حتى يرشد ولو بلغ ارذل العمر ، لأن علة نقص الأهلية عندهم هو نقص العقل وعدم القدرة على إدارة شئونه المالية .

خلافا لأبي حنيفة إذ يرى أن الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين عاما دفع إليه ماله ولو كان سفيها ما دام عاقلا ، لأنه بعد هذا السن لا ينفع فيه زجر ولا تأديب .

● **الحالة الثانية:**

أن يطرأ السفه بعد البلوغ .

١ - أكثر الفقهاء : الأئمة مالك والشافعي وأحمد ومعهم أبو يوسف ومحمد على انه يحجر عليه ويصير ناقص الاهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخالصة ، وذلك تحقيقا لمصلحته وصيانة لأمواله .[١]

٢ - وذهب أبو حنيفة وبعض الفقهاء كإبراهيم النخعي ومحمد بن سيرين إلى أنه لا يحجر على السفيه مطلقا وتنفذ جميع تصرفاته .[٢]

الأدلة

أدلة الرأي الأول: استدل الجمهور بما يأتي : -

١ - بقوله تعالى ﴿ **ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا** ﴾ .

---

١ - المغنى ٤/ ٥١٨، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٩٨، مغنى المحتاج ٢/ ١٧٠.
٢ - كشف الأسرار ٤/ ١٤٩، فتح القدير ٧/ ٣١٤.

وجه الدلالة:

أن الله قد نهى عن اعطائهم أموالهم ثم أجاز بعد ذلك تصرفنا عليهم فدل ذلك على منعهم من التصرف في هذه الأموال التي هي بمثابة مال الجماعة كلها.[1]

٢ - واستدلوا بأن الرسول ﷺ قد رد صدقة الرجل الذي تصدق بأحد ثوبيه، وأنه رد البيضة على من تصدق بها ولا مال له غيرها.

وبما روى أنه ﷺ رد عتق من اعتق عبداً له[2] فلو كان تصرف هؤلاء صحيحا ما رده ﷺ، لكنه رده لسوء تصرفهم.

٣ - ولأن هذا سفيه فيحجر عليه كما لو بلغ سفيها فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفيها سفهه وهو موجود، ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه فإذا أحدث اوجب انتزاع المال كالمجنون، وفارق الرشيد، فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه.[3]

- **ادلة الرأي الثاني:**

١ - قوله تعالى: ﴿ ولاتقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده ﴾.[4]

- **وجه الدلالة:**

اليتيم قد بلغ أشده، واذا بلغ أشده فلا يجوز قربان ماله بأي صفة كانت.

٢ - وروى أن رجلا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقدته

---

١ - عقد البيع للدكتور الشافعي عبدالرحمن ص ٤١.

٢ - نيل الأوطار ٥/ ٢٤٧.

٣ - المغنى ٤ / ٥١٩.

٤ - الآية رقم ١٥٢ من سورة الأنعام.

ضعف فأتى أهله به إلى النبي ﷺ فقالوا يانبي الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع فقال يانبي الله إنى لا أصبر عن البيع فقال رسول الله ﷺ : « إذا كنت غير تارك البيع فقل ها وها ولا خلابة » . (١)

● **وجه الدلالة:**

دل الخبر على عدم جواز الحجر لأن الرسول ﷺ لم يقم بالحجر على الرجل بالرغم من تأكده من سوء تصرفه .

٣ - وقالوا من حيث المعقول لأن الحجر عليه فيه اهدار لآدميته من أجل المحافظة على ماله .

وحفظ النفس وصيانة حريتها مقدم على حفظ ماله .

ولأنه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد . (٢)

● **الترجيح:**

الرأي الأول هو الراجح ، لأن في القول به صيانة لأموال الأفراد واقتصاد الأمة .

ويرد على الرأي الثاني بما يأتي: -

١ - ان قربان مال اليتيم مشروط بكونه على وجه أحسن وما في معناه من هذا القبيل .

٢ - الخبر في مسنده مقال يمنعه من الاستدلال على الدعوى .

٣ - الحجر على السفيه ليس اهدار لآدميته بل فيه صونا لماله ووقاية له من الفقر - والله أعلم .

---

١ - أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٢١٥.

٢ - المغنى ٤/ ٥١٨.

● **متى يبدأ الحجر على السفيه ومتى ينتهي:**

من قال بالحجر على السفيه انقسم الرأي عندهم في الوقت الذي يبدأ فيه الحجر والوقت الذي ينتهي فيه .

فذهب الشافعي وأحمد وأبو يوسف ومالك وأصحابه غير ابن القاسم إلى أن الحجر يبدأ من وقت حكم القاضي بالحجر ، ولا ينفك عنه إلا بحكم القاضي ايضا .

وعلى ذلك فعقود السفيه وتصرفاته قبل قضاء القاضي بالحجر نافذة وتصرفاته قبل قضاء القاضي برفع الحجر غير نافذة .

وذهب محمد بن الحسن وابن القاسم إلى ان الحجر يبتدئ من وقت اسرافه وتبذيره في أمواله ، أي يصير محجورا عليه بنفس السفه ولو لم يحكم القاضي بالسفه ، لأن علة الحجر هي السفه والتبذير في ماله ، فحينما وجدت العلة وجد المعلول فلا حاجة إلى قضاء القاضي .

وكذلك إن رشد السفيه انفك الحجر عنه بالرشد دون حاجة إلى قضاء . [1] القاضي .

● **وحجة الرأي الأول:**

أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم الحاكم كابتداء مدة العنة (عدم القدرة على الجماع) ، ولأنه كالحجر مختلف فيه فلم يثبت الا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس .

● **واستدل أصحاب الرأي الثاني:** [2]

بأن الجنون لا يحتاج إلى حكم حاكم لجعله سببا للحجر فكذلك السفه .

---

١ - المغنى ٤/ ٥١٨.

٢ - القرطبي ٥ / ٣٢٠، تبيين الحقائق ٥/ ١٩٥، كشاف القناع ٢/ ٢٢٦.

ورد ذلك بأن السفه فارق الجنون في أنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ولا خلاف فيه .

● العقود والتصرفات التي يحجر فيها على السفيه:

اختلف القائلون بالحجر على السفيه في العقود والتصرفات التي يحجر عليه فيها والتي لا يحجر .

فيرى أبو يوسف ومحمد أن السفيه كالهازل ، ومن ثم التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل تصح من السفيه كما تصح من الهازل ما دامت مكتملة لشروطها وأركانها الشرعية .

فيصح نكاحه وطلاقه وعتقه ويمينه ونذره إلا أن نكاحه يحجر عليه فيما زاد على مهر المثل .

أما التصرفات التي تحتمل الفسخ وتبطل بالهزل كالبيع والإجارة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة ، فالسفيه فيها كالصبي المميز على نحو ما تقدم عند الحنفية . (١)

واستثنى الفقهاء من ذلك وصاياه في وجه الخير والبر فإنها تصح استحسانا لاقياسا ، لأنها لا تنفذ إلا بعد مماته .

وذهب الشافعية إلى أن تصرفاته وعقوده المتعلقة بالأموال لا يصح شيء منها ولا تنفذ ولو أذن الوالي في الأصح عندهم إلا في النكاح خاصة فإنه يجوز بإذن الولي أما التصرفات غير المالية فإنها تصح منه .(٢)

أما الحنابلة : فيذهبون إلى أنه لا يصح شيء من عقوده وتصرفاته المتعلقة بالأموال إلا بإذن الولي واستثنوا عقد النكاح فقالوا يجوز للسفيه أن يتولاه بنفسه لنفسه إذا كان محتاجا إليه وامتنع الولى من تزويجه أما

---

١ - تبيين الحقائق ٥ / ١٩٦ - ١٩٨، فتح القدير ٧/ ١٨٠.

٢ - مغنى المحتاج ٢ / ١٦٠ - ١٦١.

التصرفات غير المالية فإنها تصح منه .[1]

والمالكية يربطون عقوده وتصرفاته بالمصلحة فحينما وجدت أجازها الولي وإلا تعين عليه ردها ، وقالوا بصحة طلاقه واستحقاق نسبه ونفيه بلعان ،ويقتص منه إذا جني على غيره ويصح اقراره بالعقوبات .[2]

---

١ - كشاف القناع ٢/ ٢٣٦ - ٢٢٧.
٢ - الدسوقي ٣/ ٢٩٥ - ٢٩٨.

المطلب السادس
في
ذى الغفلة

هو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في المعاملات المالية لبساطته وسهولة خدعه ومن هنا وجه التشابه بينه وبين السفيه وهو فساد التقدير وسوء التدبير واتلاف الأموال ، ولذلك اعتبر حكمها واحدا ، إذ أن كلا من السفيه والغافل لايؤثر السفه والغفلة على أهليتهما ، لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل ، والسفيه والمغفل عقلهما كامل .

ولكن يظهر الفرق بينهما في أن السفيه كامل الإدراك لكنه مكابر في اندفاعه في اتلاف المال مما يجعله ضعيف الادارة ، أما ذو الغفلة فضعيف الادارك . [1]

---

١ - الملكية ونظرية العقد لبدران أبو العينين ص ٤٤٣ ، أبي زهرة ص ٢٢٨.

المطلب السابع
في
المكره

الاكراه يقال : قام على كره أي على مشقة وأقام فلان على كره أي أكرهه على القايم .

وقال الكساني : هما لغتان بمعنى واحد .

وأكرهه على كذا حمله عليه كرها ، وكرهت إليه الشيء تكريها ضد حببته إليه .[1]

وفي الاصطلاح : هو الحمل على الفعل ممن يظن انفاذه ما هدد به .[2]

أقسام الإكراه.

ينقسم إلى قسمين :

أ - إكراه بحق مثل اكراه القاضي المدين على البيع وفاء لما عليه من حقوق .

وإكراه صاحب الأرض على بيعها لتوسيع المسجد أو انشاء طريق ، وهو نافذ على المكره عليه .

ب - واكراه بغير حق مثل الاكراه على ابرام عقد أو انشاء تصرف دون أن يتعلق بذلك تحقيق مصلحة خاصة أو عامة يقرر الشارع الإكراه عليها ، كأن يهدد بالقتل أو السجن أو الضرب المبرح ليسرق أو

---

١ - مختار الصحاح ١/ ٥٦٩.
٢ - البدائع ٥/ ١٧٥.

ليبيع ماله أو لينطق بكلمة الكفر .

والنوع الاول : لا خلاف بين العلماء على صحته وترتب آثاره عليه .

أما النوع الثاني : فقد اختلف الفقهاء فيه على رأيين :-

الرأي الأول:

واليه ذهب جمهور العلماء [1] من المالكية والشافعية والحنابلة من أن العقد يعتبر باطلا ولا تترتب عليه أية آثار .

الرأي الثاني:

وهو رأي الحنفية ، وهو أن العقد إما أن يكون فيه حق الله تعالى أو لا فإن كان فيه حق الله فأنه يكون صحيحا ويترتب عليه آثاره ، وبناء على ذلك قالوا بصحة زواجه وطلاقه وعتقه وأيمانه ورجعته .

فأما إذا لم يكن فيه حقوق لله مثل البيع والرهن والاجارة ، فإن بعضهم يرى أنها صحيحة موقفة على اجازته بعد زوال حالة الاكراه ، فإن أجازها نفذت وإلا فلا .

وذهب جمهورهم إلى أنها تكون فاسدة . [2]

الأدلة

اولا : أدلة جمهور الفقهاء.

استدلوا بما يأتي :-

١ - قال تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم ﴾ .

وجه الادلة:

اشترطت الآية لصحة التقاعد حصول الرضا من المتعاقدين والاكراه يتنافى مع الرضا ، فلا يعتبر العقد الناتج عن الاكراه ، لأن صاحبه لا

---

١ - الشرح الصغير ٢/ ٢٧٠، مغنى المحتاج ٢/ ٧، المقنع ٢/ ٤.

٢ - البدائع ٧/ ١٨٦.

يكون راضيا .

٢ - وقوله ﷺ : «إن الله تجاوز عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» . (١)

وأيضا قوله ﷺ : « أنما البيع عن تراضي» فدل على عدم اعتبار البيع إذا كان عن غير تراضي ، والحديث الاول يرفع إثم الاكراه عن المكره .

٣ - واحتجوا بالقياس فقالوا : بيع المكره قول أكره عليه ، فلا يصح قياسا على كلمة الكفر إذا نطق بها حالة الاكراه فإنه لا يؤاخذ بها لقوله تعالى ﴿ إلا من اكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ . (٢)

ثانيا: أدلة الحنفية:

قاسوا المكره على الهازل فكما أن عقود الهازل غير صحيحة - إلا ما ورد مستثنى بالحديث الذي قال فيه رسول الله ﷺ « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : الزواج ، والطلاق ، والرجعة» .

وفي رواية العتق ، وفي ثالثة اليمين ، فكذلك الحال بالنسبة لعقود الاكراه اذ كل منهما - أي الهازل والمكره - قد قصد التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد وإن كان لم يقصد الأثر المترتب عليها .(٣)

ويرد على ذلك :

بأنه قياس مع الفارق ، لأن الهازل قد ارتكب بالهزل فعلاً يستحق عليه العقوبة ، أما المكره فلم يفعل ما يستحق العقاب عليه .

ومن ناحية أخرى فالهازل قاصد إلى البيع راضٍ به بخلاف المكره فإنه غير قاصد للبيع وغير راض به فافترقا .

---

١ - المجموع ٩/ ١٦١.

٢ - الآية (١٠٦) من سورة النحل، المجموع ٩/ ١٥٨.

٣ - القرطبي ص ١٨٠٠.

الترجيح:

ومما سبق يظهر لنا وجاهة ما قال به الجمهور من أن عقد المكره يعتبر باطلا ولا تترتب عليه أي آثار ، لأن الإجبار ينفي الرضا المشروط لاعتبار صحة العقد ، وهو منصوص عليه - والله اعلم .

المطلب الثامن

في

عقد الهازل

الهازل الشخص ينطق بالعبارة الدالة على انشاء العقد وهو عالم بمعناه قاصداً استعمالها ولكنه لا يريد انشاء العقد ولا الإلتزام بآثاره يقصد اللهو واللعب .

وقد عرفه الجرجاني بقوله (هو أن لا يريد باللفظ معناه لا الحقيقي ولا المجازي وهو ضد الجد) . [١]

وللعلماء في عقده ثلاثة آراء:

١ - يرى الشافعية وابن القيم أن عقد الهازل صحيح ، وذلك أن الهازل قاصد للتلفظ بالعبارة الدالة على انشاء العقد وهو عالم . [٢]

٢ - ويرى الحنفية والحنابلة وأكثر المالكية أن عقود الهازل باطلة إلا ما استثنى بنص الحديث (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة) . [٣]

فنص الرسول على صحة هذه العقود فيأتي غيرها على الأصل ، وهو عدم الصحة . [٤]

٣ - وذهب بعض المالكية إلى أن عقد الهازل غير لازم له .

---

١ - التعريفات ص ٢٢٩.

٢- المقنع ٢/ ٤، زاد المعاد ٤/ ٧٣.

٣ - سبل السلام ٣/ ٢١٥.

٤ - البدائع ٧/ ١٧٦، المغنى ٤/ ١٦١، الدسوقي ٣/ ٣٠٠، نيل الأوطار ٦/ ٢٣٤.

وذلك لأن الهازل وإن قصد التلفظ بالعبارة إلا أنه إذا قامت القرائن على أنه غير مريد للآثار المترتبة عليها كأن حلف أنه لا يريد البيع مثلا ، فأما إذا قامت قرينة على ارادته البيع كأن ساوم على السلعة ، فإنه لا يقبل تراجعه عن العقد .

الترجيح:

والاولى بالقبول عندنا هو الرأي الذي ينص على بطلان عقود الهازل التي لم يدل نص على صحتها ، وما نص الحديث على صحة يبقى على الصحة - والله اعلم .

المطلب التاسع
في
الفضولي

الفضولي في اللغة :

الفضول: ما لا فائدة فيه يقال : هذا من فضول القول واشتغال المرء أو تدخله فيما لا يعنيه .

والفضولي: المشتغل بالأمور التي لا تعنيه .

وفي الشرع :

من لم يكن وليا ولا وصيا ولا أصيلا ولا وكيلا . [1]

اي أن الفضولى هو من يتصرف في شؤون غيره بدون ان يكون له ولاية اصداره شرعا ، وذلك كمن يبيع مال غيره او يؤجره من غير أن يكون له ولاية شرعية عليه أو وكالة صادرة منه ، أو يتولى عقد زواج امرأة ليست له عليها ولا ية ولم يصدر منها توكيل له ، إلى غير ذلك من العقود والتصرفات التي يتولاها الشخص ولا يكون له ولاية اصدارها ، فإنه يسمى في هذه الحالة فضوليا ، ويسمى عمله هذا فضالة .

آراء الفقهاء في بيع ملاك الغير:

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين : - الرأي الأول :

ويقض ببطلان بيع ملك الغير .

وممن قال بهذا الرأي من الفقهاء : أبو ثور ، وابن المنذر [2] ، وأهل

---

١ - المعجم الوسيط ٢/ ٦٩٣.

٢- المجموع ٩/٢٥٩.

الظاهر [١] ، وبعض المالكية [٢] ، والامام أحمد في احدى الروايتين وتبعه في ذلك أكثر الحنابلة [٣] ، واستقر عليه رأي الامام الشافعي في مذهبه الجديد [٤]

وأصحاب هذا الرأي يرون بطلان ايجار ملك الغير بطلانا مطلقا ، على أساس أن تدخل الفضولي في شئون غيره غير جائز شرعا ، وأن عقد الايجار الصادر منه باطل ولا تصححه الإجازة ، واذا اريد تصحيح هذا العقد فلا بد من اعادة عقده من جديد لأن المؤجر لملك غيره بدون نيابة من هذا الغير يعتبر متعديا ، وعقده لا ينتج اثرا فيما بين المتعاقدين ، ولا في مواجهة الغير .

الرأي الثاني:

وهو القائل بصحة بيع ملك الغير .

وممن قال بهذا الرأي من الفقهاء : اسحق بن راهوية [٥] ، وفقهاء الحنفية [٦] ، وأكثر فقهاء المالكية [٧] ، وهو أحد الروايتين عند الامام أحمد وتبعه عليه بعض الحنابلة [٨] ، وقد قال به الشافعي في مذهبه القديم [٩] .

وأصحاب هذا الرأي يرون صحة ايجار ملك الغير بناء على تدخل الفضولي ، وأن العقد يعتبر صحيحا موقوفا على إجازة المالك الذي له

---

١ - المحلى ٨/ ٤٣٤.
٢ - الفروق ٣/ ٢٤٢.
٣ - المغنى ٤/ ٢٠٥، ٢٠٦.
٤ - المجموع ٩/ ٢٥٩، الأم ٣/ ١٣، ١٥.
٥ - المجموع ٩/ ٢١٦.
٦ - المبسوط ١٣/ ١٥٣.
٧ - بداية المجتهد ٢ / ٥.
٨ - الإنصاف ٢/ ٢٨٣.
٩ - الأم ٣/ ١٣ - ١٥.

حق التأجير بشرط أن تكون المنافع قائمة لم تستوف بعد .

وهذا ما لاخلاف فيه بين اصحاب هذا الرأي ، وهو قدر متفق عليه بينهم جميعا ، ولكن قد يستوفي المستأجر من الفضولي بعض المنافع ، وقد يتم استيفاؤه للمنافع كلها ، ولهذا اختلف اصحاب هذا الرأي اختلافا اشرت اليه عند عرض آراء فقهاء المذاهب في حكم تأجير الشريك في الشيوع لكل المال الشائع بدون أذن من بقية الشركاء .

وبعد هذا العرض الشامل لآراء الفقهاء والموضح لحكم المسألة التي بصدد البحث ينبغي أن نذكر أدلة الفقهاء القائلين ببطلان بيع ملك الغير ، والقائلين بصحته والتي على اساسها يقوم رأي الفقهاء في حكم تأجير ملك الغير .

اولاً - أدلة الرأي الاول:

استدل القائلون ببطلان بيع ملك الغير بما يأتي : -

١ - **قال تعالى : ﴿ يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾** (١) .

وجه الدلالة من هذه الآية:

نهت الآية عن أكل الأموال بالباطل وهو كل طريق لم تبحه الشريعة الاسلامية كالسرقة ، والغضب ، والربا ، والقمار ، وما شاكل ذلك(٢) .

ويدخل في ذلك بيع ملك الغير بدون اذن منه ، ولأن بيع ملك الغير بيع لمن يقترن برضا المالك ، والإجازة اللاحقة لا يمكن ان تصحح عقدا باطلا .

٢ - **قال تعالى ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾** (٣)

وجه الدلالة من الآية السابقة : -

---

١ - الآية رقم ٢٩ من سورة النساء ٢٧١ ، والمنار ٤/ ٢٨٢ وما بعدها.

٢ - تفسير النسفي ١/ ١٧٢.

٣ - الآية رقم ١٦٤ من سورة الأنعام.

تدل هذه الآية على أن الانسان لا يستطيع أن يتحمل ذنب غيره ولا يؤخذ بجريرة غيره [1] ، فالمالك الحقيقي لن يسلم المشتري المبيع ، والبائع لملك غيره لا يستطع ان يسلمه للمشتري ، ولا أن يملك المالك الثمن ، ومن هنا بطل بيع ملك الغير .

٣ - وروى أن رسول الله ﷺ - قال : « لا تبع ما ليس عندك» [2]

وجه الدلالة من الحديث:

وفي هذا الحديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع الشيء غير المملوك للبائع ، والنهي يقتضي البطلان ، فبيع ملك الغير باطل عملا بهذا النص . [3]

٤ - وروى أن النبي ﷺ قال : لا طلاق الا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك . [4]

وجه الدلالة من الحديث السابق : -

النهي الوارد في الحديث يقتضي البطلان وذلك لعدم القدرة على التسليم ، حيث أن البائع لملك غيره لا يستطيع أن يسلم المبيع لأنه لا يملكه [5] .

٥ - قاس القائلون ببطلان بيع ملك الغير على البيع الذي لا يقدر بائعه أن يسلمه فكأن حاله كحال من يبيع السمك في الماء ، أو الطير في الهواء ، وهو بيع باطل بالإجماع [6] .

---

١ - المنار ٨/ ٢١٧ وما بعدها، وصفوة التفاسير ٤٣٢.

٢ - نيل الأوطار ٥/ ٢٥٣، وسنن أبي داود ١/ ٢٥٦، وسنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٧.

٣ - سبل السلام ٣ / ١٧.

٤ - سنن أبي داود ١/ ٢٥٦.

٥ - مجموع ٩/ ٢٦٣، ومتن البهجة وشرح الشيخ زكريا الأنصاري عليها ٢/ ٤٠٦.

٦ - المجموع ٩/ ٢٦٣.

أدلة الرأي الثاني: -

استدل القائلون بصحة بيع ملك الغير بما يأتي : -

١ - قال تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ (١)

وجه الدلالة من الآية :-

دلت الآية على أن البيع حلال على عمومه لما فيه من تبادل المنافع ، ولم تفرق بين أن يكون من المالك في حالة حله ، أو من الوكيل في الابتداء ، أو من الشخص الذي يمكن أن يصبح وكيلا بالإجازة (٢) .

٢ - وقال تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى﴾ (٣) .

وجه الدلالة: -

المراد من هذه الآية هو عموم البر والتقوى لله ، ومنه أن من باع ملك غيره مراعيا ذلك الغير في المبيع وهو المالك له إنما هو من قبيل البر ، زيادة على ان بيعه غير نافذ في حق المالك إلا إذا أجازه ، وهو من قبيل تصرفات الفضولي (٤) .

٣ - وروى أن عروة البارقي قال : دفع إلى رسول الله ﷺ دينارا لأشترى له شاه ، فأشتريت له شاتين ، فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ ، فذكر له ما كان من أمره فقال : بارك الله في صفقة يمينك . « وفي رواية فدعا النبي ﷺ له بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى شيئا لربح فيه» (٥) .

---

١ - الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة.

٢ - ظلال القرآن ٣/ ٣١٨ وما بعدها.

٣ - الآية رقم ٢ من سورة المائدة.

٤ - النسفي ١/ ٢٠٩، والفروق ٣/ ٢٤٣، بداية المجتهد ٢/ ١٤١.

٥ - نصب الراية ٤/ ٩، ١١، وسبل السلام ٣/ ٣١.

وجه الدلالة من الحديث:

أن عروة باع الشاة التى اشتراها للنبي ﷺ بدون امره ، ولم يبطل النبي ﷺ عقده بل اقره على ذلك ، فدل ذلك على أن مثل هذا التصرف صحيح بالإجازة (١) .

٤ - قاسوا البائع لملك غيره على الوصية بأكثر من الثلث ، وذلك لأن الوصية بأكثر من الثلث تصرف في حق الورثة دون إذن منهم ، وهذا التصرف ينعقد موقوفا على اجازتهم بأجماع الفقهاء ، فينبغى أن يعطي نفس الحكم للتصرف في مال الغير دون إذن منه (٢) .

مناقشة الأدلة: -

اولا - مناقشة أدلة المانعين لبيع ملك الغير : -

١ - بالنسبة للآية الدالة على أن بيع ملك الغير يعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل يمكن أن نقول : إن ذلك جائز قبل الاجازة وهو مالا اعتراض لنا عليه لأن العقد عند القائلين بصحة بيع ملك الغير لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته الإجازة وقبلها يكون موقوفا ، أما بعد الاجازة فلا يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل ويكون صحيحا .

٢ - ويمكن الرد على الآية الثانية بأن المالك الحقيقي هو الذي يلزم نفسه بتصحيح عقد الفضولي ، فيستطيع أن يسلم المبيع ويستلم الثمن ويصبح العقد صحيحا ، وهو ما نقول به وقبل ذلك لا ينتج العقد أي أثر .

٣ - وعن استدلالهم بقول الرسول ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك» ،

---

١ - سبل السلام ٣/ ٣١.

٢ - شرح فتح القدير ٥/ ٣١٠، والمجموع ٩/ ٢٦٣.

قال الحنفية [1] : أن النهى في الحديث واردا على بيع الشىء المعدوم ، أو على حالة ما إذا باع الشخص شيئا ليس عنده ثم يشتريه بعد ذلك ويسلمه للمشتري تنفيذا للعقد المبرم بينهما ، وهذا بيع باطل في الفقه الاسلامي .

وقال المالكية [2] : يحمل النهي الوارد في الحديث على بيعه لنفسه لا لغيره ، والدليل على ذلك أن النهي انما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده .

٤ - وبالنسبة لحديث الرسول الدال على النهي عن بيع ما لا يملك الانسان يمكن أن يجاب عن ذلك :

بأن النهي ورد على تصرفات تنتج آثارها في الحال ، وبيع مال الغير لا ينتج آثاره في الحال وإن كان صحيحا إلا أنه يتوقف على إجازة المالك الحقيقي .

٥ - وعن قياس بيع ملك الغير على البيع الذي لا يقدر أن يسلمه يمكن أن نقول : أن هذا قياس باطل لعدم توافر شرطه ، لأن بيع السمك في الماء والطير في الهواء ، باطل لانعدام محله [3] ، أما بيع ملك الغير فمحل العقد موجود ، ولكنه مملوك لغير البائع ، ولهذا تتوقف آثارالعقد على إجازة المالك الحقيقي ، فإن أجازه صح وإلا فلا .

مناقشة أدلة القائلين بصحة بيع ملك الغير: -

١ - بالنسبة للآية التي نصت على حل البيع في عمومه يمكن أن نرد

---

١ - شرح فتح القدير ٥/ ٣٠٩.

٢ - بداية المجتهد ٢/ ١٤٢.

٣- بداية المجتهد ٢/ ١٢٩.

عليها : بأن حل البيع جاء في الآية عاما ، وبيع ملك الغير منهى عنه بأدلة خاصة سبقت فيما سبق ، والخاص مقدم على العام عند التعارض (١) .

والبيع لا يكون حلالا إلا إذا تحققت أركانه ، وتوافرت شروطه ، وبيع ملك الغير لم تتوافر فيه القدرة على تسليم المبيع مما يجعله بيعا غير حلال كما نصت الآية .

٢ - ويرد على أن بيع ملك الغير من قبيل البر والتقوى التي حثت الآية على التعاون فيهما بأن :

بيع ملك الغير فيه اعتداء على حقوق هذا الغير وتجريد له من أحقيته في التصرف في ملكه ووضعه في موضع قد يضطره إلى النزول عن بعض حقه ، إذ أن ملكه قد يساوي من الثمن ما لم يكن الفضولي قد باعه به ، ومع ذلك فإن تصرف الفضولي فيه قد يضطره إلى الإجازة لأن المشتري من الفضولي قد تصرف في المبيع بأي نوع من انواع التصرفات ، وهذا ما لم يقل به شرع بل جعله من قبيل الإثم والعدوان (٢) .

٣ - ويرد على حديث عروة البارقى : بأن عروة كان وكيلا للنبي ﷺ وكالة مطلقة يدل على ذلك : أن عروة باع إحدى الشاتين وسلمها لمن اشتراها منه ، دون إذن من النبي ﷺ ، فلو كان هذا من قبيل بيع ملك الغير لتوقف تسليمه على اذن النبي ، إنما تسليم عروة الشاة لمن اشتراها منه يدل على أنه كان مأذونا في البيع قبله ، وذلك ليس بيعا لملك الغير ، إنما هو بيع بالوكالة (٣) .

---

١ - الفروق ٣/ ٢٨٢.

٢- المجموع ٩/ ٢٦٣.

٣ - المجموع ٩/ ٢٥٩، ٢٦٣.

٤ - ويرد على قياس بيع ملك الغير على الوصية بأكثر من الثلث : بأنه قياس مع الفارق لأن المقيس والمقيس عليه مختلفان في اشياء منها :

أن الوصية تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم ، وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بخلاف البيع .

فكيف نقيس أحد المختلفين على الآخر [١] .

الترجيح:

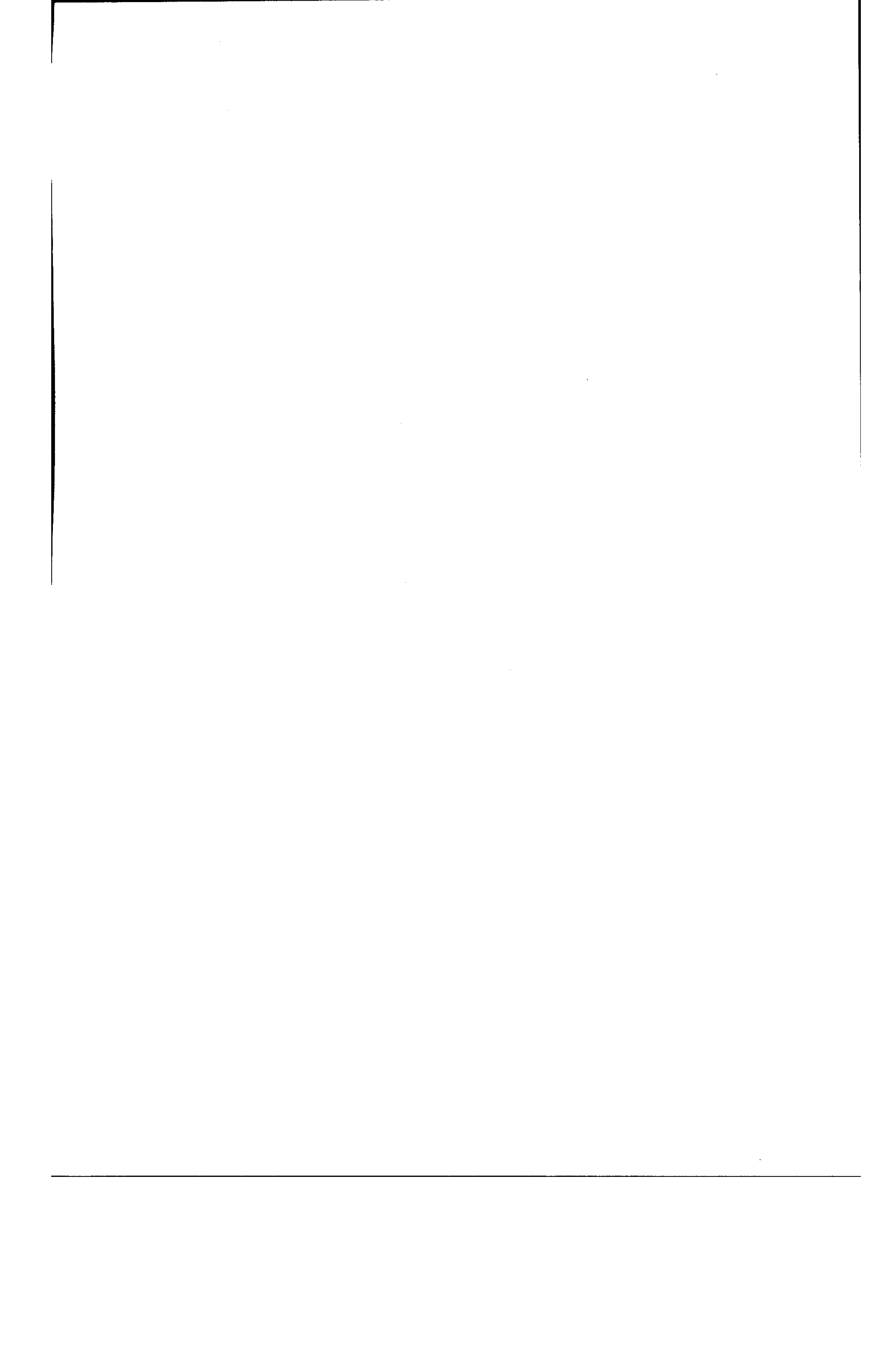
وبعد عرض الآراء ، وأدلتها ، ومناقشتها يبدو لي أن الرأي القائل بصحة بيع ملك الغير مع وقف نفاذه على إجازة المالك الحقيقي هو الأولى بالترجيح ، لأن القول بوقف نفاذ العقد على اجازة المالك الحقيقي قول لا يترتب عليه ضرر به ، ولا شك أنه خبير بمصلحته مقدر لها ، يعرف الخير فيسارع إليه ، ويدرك الضرر فيمنع نفسه من الوقوع فيه .

فإذا كان عقد الغير على ملكه مصلحة له أجازه ، لا ضرر على أحد مطلقا وإن كان غير ذلك فلا ، ويبطل عقد الفضولي .

١ - الأم ٣/ ١٣، والمجموع ٩/ ٢٦٠.

الفصل الثاني

نظرية المال



الفصل الثاني
في
نظرية المال

ويتضمن عدة مباحث .

المبحث الاول
في
تعريف المال

● **المال في اللغة:**

في القاموس المحيط [1] : « المال ما ملكته من كل شيء» .

وفي لسان العرب [2] : «المال معروف ما ملكته من جميع الأشياء»
ويقول أبن الأثير [3] : «المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل مايقتنى ويملك من الاعيان ، وأكثر ما يطلق عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم» . أي أن المال يطلق عند علماء اللغة على كل ما يرغب الناس في اقتنائه وامتلاكه من الاشياء ، فالإبل مال ، والغنم مال ، والذهب مال ، والنخيل مال ، والمباني والأرض مال ، وأهل البادية أكثر ما يطلقون المال على الأنعام ، وأهل الحضر أكثر ما يطلقون المال على الذهب والفضة ، وإن كان الجميع مال .

---

١ - القاموس المحيط ٥٢/٤.
٢ - لسان العرب ٦٣٢/١١.
٣ - النهاية في غريب الحديث والأثر ٣٧٣/٤.

١ - المال عند فقهاء الشريعة:

في المذهب الحنفي :[1]

١ - ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة .

٢ - موجود يميل اليه الطبع ، ويجرى فيه البذل والمنع .

٣ - ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة .

٤ - ما خلق لصالح الآدمي ، ويجري فيه الشح والضنة .

٥ - مجلة الاحكام العدلية : «ما يميل اليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول» .

وقد انتقدت هذه التعاريف بأنها لا تعبر عن حقيقة المال ، لأن هناك أشياء لا يمكن ادخارها على نحو تبقى معه منفعته كما هي ، ومع هذا فهو من الأموال قطعا كالخضر والفواكه ، فلا تشملها هذه التعاريف .

ومنها أيضا ، ما لا يميل إليه الطبع ، بل يعافه ولا يقبله ، كبعض الأدوية المرة والسموم ، ومع هذا فهو مال [2] .

٢ - عند جمهور الفقهاء:

أ - عند المالكية [3] :

(المال ما يقع عليه الملك ، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه) .

وهذا التعريف يجعل المال محلا للملك .

ب - تعريف المال عند الشافعية : قال الزركشى [4] : « ما كان منتفعا به ، أي مستعدا لأن ينتفع به» .

---

١ - حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٠ - ٥١، التلويح ٢/٩٨،٢/ ٢٣٠، مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢٦).

٢ - الملكية في الشريعة الاسلامية للعبادي ١/ ١٧٣.

٣ - الموافقات ٢/ ١٧.

٤ - القواعد للزركشى (٣٤٣) ب، وفي حاشية الباجوري ١/ ٣٤٣.

والمقصود بالانتفاع : الانتفاع المباح المقصود ، فيخرج ما منفعته محرمة ، فلا يصح بيع آلة اللهو المحرمة كالمزمار .

وما منفعته غير مقصودة ، كمنفعة اقتناء الملوك لبعض السباع للهيبة والسياسة ، ومنفعتي حبتي البر .

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي : [1] « أما المال قال الشافعي : لا يقطع اسم المال الا على ماله قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه وإن قلت ، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما اشبه ذلك .

وأما المتمول فله ضابطين .

أحدهما : أن كل ما يقدر له أثر في النفع فهو متمول ، وكل مالاً يظهر له أثر في الانتفاع فهو ، لقلته خارج عما يتمول .

الثاني : إن المتمول هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الاسعار ، والخارج عن المتمول هو الذي لا يعرض فيه ذلك .

جـ - تعاريف الحنابلة :

١ - جاء في متن الاقناع أن المال : «ما فيه منفعة مباحة لغير الحاجة أو ضرورة» .

فخرج مالاً منفعة فيه اصلا كالحشرات ، وما فيه منفعة محرمة كالخمر ، وما فيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب ، وما فيه منفعة مباحة للضرورة كالميتة . [2]

٢ - وجاء في منتهى الارادات : «ما يباح نفعه مطلقا أو اقتناؤه بلا حاجة» [3] .

وعلق صاحب كشاف القناع على هذين التعريفين فقال [4] : (لا

١- الاشباه والنظائر ص ٣٢٧.
٢ - كشاف القناع ١/٧.
٣ - شرح منتهى الإرادة ٢/٤.
٤ - كشاف القناع ١/٧.

يوضحان معنى المال عند الحنابلة ، لأن المنافع لا تدخل فيهما ، وهي مال عندهم) .

والناظر في تعاريف الجمهور يستخلص أن أساس المالية في نظرهم هو :

١ - أن يكون الشيء له قيمة بين الناس .

٢ - وأن تكون هذه القيمة منتفعا بها شرعا ، فلا قيمة لأي منفعة اعتبرتها غير مشروعة .

وعلى هذا الأساس يمكننا تعريف المال في اصطلاح الجمهور : « ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز الانتفاع به شرعا في حالة السعة والاختيار» . [1]

شرح التعريف [2]:

ما : جنس يشمل كل شيء سواء أكان عيناً أم منفعة ، ماديا كان أم معنويا .

له قيمة بين الناس : قيد لإخراج الاعيان والمنافع التي لا قيمة لها بين الناس لتفاهتها ، كحبة قمح أو قطرة ماء ، وكمنفعة شم تفاحة .

وجاز الانتفاع به شرعا : قيد لإخراج الأعيان والمنافع التي لها قيمة بين الناس ، ولكنها غير مشروعة كالخمر والخنزير ولحم الميتة ، ومنفعة الآت اللهو المحرمة .

في حال السعة والاختيار : قيد جيء به لبيان أن المراد بالانتفاع الانتفاع المشروع في حال السعة والإختيار دون حال الضرورة ، لأن الانتفاع في حالة الضرورة كلحم الميتة أو الخمرة وغيرها من الاعيان

---

١ - النظريات العامة في الفقه الاسلامي للدكتور فراج والدكتور السريتي ص ٣٥، الملكية للدكتور العبادي ١/١٧٩.

٢ - أنظر: المرجعين السابقين.

المحرمة ، لا يجعلها مالا فى نظر الشريعة ، لأن ذلك للضرورة والضرورة تقدر بقدرها .

التعريف المختار:

بعد العرض السابق يتضح لنا أن تعريف الجمهور للمال هو الأولى بالأخذ والاعتبار ، لأن عدم اعتبار المنافع أموالا محل نقد شديد ، وهو ما سنفصله في هذا البحث ، كما أن بناء مالية الشيىء على كونه منتفعا به انتفاعا مشروعا ، وله قيمة بين الناس ، يسمح بتوسيع دائرة الأموال في هذا العصر من وجهة النظر الاسلامية ما دام قد تحقق فيها أساس المالية ، كالأشياء المعنوية (الحقوق الذهنية ، وحقوق الابتكار ، والدم البشري الذي يؤخذ من الإنسان ليحتفظ به في بنك الدم من أجل الأنتفاع به انتفاعا مشروعا في العمليات الجراحية ، وكذلك الجراثيم التي يتم تصنيعها في معامل الأدوية إلى أمصال لمقاومة الأمراض وغيرها . [1]

تعاريف الفقهاء المحدثين:

١ - عرفه الشيخ مصطفى الزرقا فقال : [2] (المال هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس) .

وعرفه آخرون فقالوا [3] : (مايمكن حيازته ، واحرازه ، والانتفاع به انتفاعا معتادا) .

وأختار آخرون تعريف صاحب الحاوي والمذكور في حاشية ابن عابدين[4] فقالوا : (المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، وأمكن

---

١ - الملكية للعبادي ١٧٩/١ - ١٨٠.

٢ - المدخل لنظرية الإلتزام فى الفقه الاسلامي ص ١٣٦.

٣ - المدخل لعيسوي ص ٣٠٣، الأموال لمحمد يوسف موسى ص ١٦٢، المدخل لشلبي ص ٢٨٦، أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ص ٢٥.

٤- الملكية لأبي زهره ص ٤٤.

أحرازه ، والتصرف فيه على وجه الاختيار) .

وعقب الحاوي القدسي على هذا التعريف فقال [١] : (والعبد وإن كان فيه معنى المالية ، لكنه ليس بمال حقيقة ، حتى لا يجوز قتله ولا أهلاكه) .

ورد ابن عابدين هذا التعقيب فقال [٢] : (قلت وفيه نظر ، لأن المال هو المنتفع به في التصرف على وجه الاختيار ، والقتل ، والاهلاك ليس بأنتفاع ، ولأن الانتفاع بالمال يعتبر في كل شيء بما يصلح له ، ولا يجوز إهلاك شيء من المال بلا أنتفاع أصلا ، كقتل الدابة بلا سبب موجب) .

وقد اختار الشيخ أبو زهرة هذا التعريف فقال [٣] : (وهذا التعريف كامل صحيح ، وإن كان فيه نقص ، فهو أنه لم يشمل الرق ، وهو نقص فيه كمال ، لأن الإنسان لا يعتبر مالا في أصله ، والمالية عارضة ، ويحسن رفعها ما استطاع الانسان إلى ذلك سبيلا ، وهذا أمر مقرر في الاسلام) .

---

١ - الحاوي القدسي و ١٥ ب.
٢- حاشية أبن عابدين ٤/ ٥٠٢.
٣ - الملكية لأبي زهرة ص ٤٤.

المبحث الثاني
في
مالية المنافع

اتفق الفقهاء على مالية الأعيان إن حيزت ، أما المنافع وهي الفوائد المعنوية المقصودة من الأعيان ، كسكنى الدار ، وركوب الدابة ، فقد اختلف الفقهاء من ماليتها على قولين :

القول الاول: الحنفية لا يعتبرون المنافع أموالا ، لأنه لا يمكن احرازها ، كسكنى الدار وركوب السيارة ، وأجر غلام وفائدة أرض .[1]

جاء في التنقيح وشروحه وحواشيه أنه [2] : (لا تضمن المنافع بالمال المتقوم ، لأنها غير متقومة ، إذ لا تقوم بلا إحراز ، ولا احراز بلا بقاء ، ولا بقاء للأعراض)

وجاء في موضع آخر : (وما ليس بمحرز ليس بمتقوم كالصيد والحشيش ، فالمنفعة ليست بمتقومة) .

وقد تقدم المنافع عند الحنفية بالعقد على خلاف القياس ، كما في الاجارة ، وما كان على خلاف القياس غيره عليه لا يقاس .

- واختلفت الشيعة الزيدية في مالية المنافع :

فبعضهم يرى أن المنافع ليست بمال ولكنها في حكم المال كخدمة عبد أو سكنى دار معلومة أو نحو ذلك .

ويرى البعض الآخر أن المنفعة التي ليست في حكم المال فهي ليست مال ، كالالغراض ، نحو أن لا يطلق فلانه .[3]

---

١ - البدائع ٤/ ١٧٥، تبيين الحقائق ٥/ ٢٣٤.
٢ - التنقيح ٢/٩٨، ٢٦١ - ٢٦٢.
٣ - التاج المذهب ٣/ ٢٦٤، ٢/٤١.

القول الثاني: ذهب المالكية ، والشافعية والحنابلة ، والإباضية ، والإمامية إلى أن المنافع تعد من المال [1] .

دليل القول الأول:

١ - أن المال لا يتحقق إلا في الأشياء التي تقبل الحيازة والإحراز والمنافع لا تقبل ذلك ، لأنها معدومة وإذا وجدت فإنها لا تبقى بل تنتهي شيئاً فشيئاً .

٢ - وأن المنفعة لا تقبل التقوم ، لأنها قبل وجودها معدومة ، والمعدوم ليس بمتقوم ، لأنه ليس بشيء والمتقوم شيء . [2]

دليل القول الثاني [3]:

١ - استدلوا بأن المال مخلوق لصالح الآدمي ، والمنافع كذلك .

٢ - وبأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها ومحلها .

٣ - وأن الأعيان إنما تصير مالا بإعتبار الانتفاع بها ، لأن الانتفاع بها هو المقصود ، فما لا ينتفع به لا يكون مالا .

٤ - ولأن الشارع أجاز أن تكون مهرا ، والمهر لا يكون إلا مالاً بدليل قوله تعالى :[4] **﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾** ، فالمنافع إذن من الأموال .

٥ - كما أن العقد يرد على المنافع وتصير مضمونة به ، وهذا آية كونها مالا ، اذ لو لم تكن مالا في ذاتها لما صارت مالا بالعقد ، لأن العقود لاتقلب حقائق الأشياء ، بل تقرر خصائصها [5] .

---

١ - حاشية الدسوقي ٣/ ٤٤٢، نهاية المحتاج ٣/٣٧٢، شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٤٨، شرح النيل ٦/١٩٢، الروضة البهية ١/ ٣٧٨.

٢ - تبيين الحقائق ٥/٢٣٤.

٣ - كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ١/١٧١ - ١٧٢.

٤ - النساء (٢٤).

٥ - النظريات العامة في الفقه الإسلامي ص ٣٦.

الرأي الراجح:

بعد العرض السابق يتبين لنا أن رأي الجمهور هو الراجح لقوة أدلته ، واتفاقه مع العرف ، ومسايرته لمعاملات الناس في كل زمان ومكان ، فلم يزل الناس يعدون المنافع مالا ويبذلون في سبيل الحصول عليها المال الكثير .

ومما يؤيد هذا أن الفقهاء متفقون على أن مالية المنافع تكون محلا للملك في عقد الإجارة ، وأن المستأجر مالك لمنفعة العين المؤجرة ، ويرددون ذلك في كثر من الفروع .

وقد أخذ التشريع الوضعي برأي الجمهور واعتبر المنافع من الأموال ، كما اعتبر حقوق المؤلفين وشهادات الاختراع وأمثالها مالا ، ولذلك كان المال في نظر القانونيين أعم من المال عند الفقهاء .

أثر الخلاف السابق في الفروع:

ترتب على الخالف بين الجمهور والأحناف ما يأتي :

١ - أن منافع المغصوب غير مضمونة عند الحنفية ، ومضمونة عند غيرهم ، فلو غصب ، أنسان دارا وسكنها شهرا ، لم يضمن شيئا عند الحنفية ، وعليه أجر المثل عند غيرهم .

٢ - قال الحنفية بإنفساخ عقد الإجارة بموت المستأجر قبل انتهاء مدتها ، لأن منافع المأجور ليست مالاً فتورث . [١]

وغير الحنفية لا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر ، بل يحل للورثة حتى تنتهى مدة الإجارة [٢] .

٣ - مالية الديون في الذمم [٣] : لا تعتبر مالا عند الحنفية ، لأنها مادامت في الذمم فهي أوصاف شاغلة لها ، ولا يتصور قبضها حقيقة ، وإنما يقبض ما يعادلها .

---

١ - أحكام المعاملات للخفيف ص ٣.

٢ - تبيين الحقائق ٥/١٤٤ - ١٤٥، كتاب الخلاف للطوسي ٢/ ١٧٠.

٣ - الملكية للعبادي ١/ ١٨٥.

وجمهور الفقهاء يعتبرون الديون محلا للملك ، وهي أموال عندهم [١] .

٤ - مالية حقوق الارتقاق : ذهب الحنفية والزيدية إلى أن هذه الحقوق ليست بمال ، لأنها أمور لا يمكن حيازتها ، مثل حق المرور ، والمجرى ، والمسيل ، والشرب .

ويرى جمهور الفقهاء أن هذه الحقوق تعتبر من قبيل الأموال [٢] .

---

١ - المدخل الى نظرية الالتزام للزرقا ص ١٣٥.

٢ - الملكية للشيخ الخفيف ١/ ٨٠.

المبحث الثالث
في
أقسام المال

ينقسم المال إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة ، فهو بالنظر إلى حماية الشارع له ، ينقسم إلى مال متقوم وغير متقوم ، وبالنظر إلى وضعه واستقراره ، إلى عقار ومنقول ، وبالنظر إلى تماثل اجزائه وآحاده إلى مثلى وقيمي ، ونتكلم فيما يلي عن كل نوع من هذه التقسيمات ، والفائدة المترتبة على كل تقسيم .

١ - المتقوم وغير المتقوم [١]:

ينقسم المال بحسب الضمان وعدمه إلى متقوم وغير متقوم :

المال المتقوم : وهو ما حِيزَ بالفعل ، واباح الشارع الإنتفاع به في حال السعة والاختيار كالدور والسيارات والنقود والثياب والكتب ونحوها .

وعلى هذا فما ليس في حيازة الانسان لا يعد مالا متقوما ، كالطير في السماء ، والسمك في الماء ، والذهب في المنجم .

وكذلك ما كان في حيازة الانسان ولا يباح له الانتفاع به شرعا لا يعد مالا متقوما كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم .

أما بالنسبة لغير المسلم ، فيعتبر مالا متقوما .

والمقصود بحالا سعة والاختيار : الأحوال العادية التي لا ضرورة فيها ولا اضطرار ، أما في حال الضرورة والاضطرار فإنه يجوز الانتفاع بالخمر

---

١ - الملكية لأبي زهرة ص ٥٤ ، الأموال لمحمد يوسف موسى ص ١٦٥ ، أحكام المعاملات للخفيف ص ٥٢.

والميتة لإذن الشارع ، لاعلى أنهما مال متقوم .

والمال غير المتقوم : هو مالم يحز بالفعل ، أو حيز ، ولكن الشارع حرم الانتفاع به في حال السعة والاختيار .

فائدة هذا التقسيم :

أ - من أتلف مال الغير المتقوم وجب عليه الضمان ، المثل إن كان مثليا ، والقيمة إن كان قيميا ، لأن الشارع منحه حماية وحرمة .

أما غير المتقوم ، فلا ضمان على متلفه أو لا حرمة ولا حماية له لأنه عديم القيمة فإذا اتلف مسلم لمسلم خمرا ، فلا ضمان على المتلف ، لأن الخمر غير متقومه في حق المسلم ، أما لو أتلفها لذمى ، فإن الضمان على المتلف ، لأن الخمر مال متقوم في حق الذمى ، وهذا عند الحنفية والمالكية ، أما عند الجمهور ، فلا ضمان عليه لعدم التقوم [1] .

ب - المال المتقوم هو الذي تصح فيه التصرفات من بيع وخلافه ، وغير المتقوم لا يصح فيه شىء من ذلك ، فلو باع مسلم خمرا لم يصح البيع ، ولكن لو باعها ذمى صح البيع لتقوم الخمر في حقهما . [2]

٢ - العقار والمنقول:

اختلف الفقهاء في تعريف العقار والمنقول :

فذهب الجمهور إلى أن العقار : هو ما لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه أصلا كالأرض .

والمنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر سواء أبقى على صورته وهيئته الأولى عند النقل ، أم تغيرت ، وذلك كالمعادن والحيوانات والأشجار .

---

١ - حاشية الدسوقي ٣/ ٤٤٧ ، البدائع ٧/ ١٤٧ ، نهاية المحتاج ٥/ ١٥٨.

٢ - أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٣٦ ، البدائع ٥/ ١٤٣.

وذهب المالكية إلى أن العقار : هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلا كالأرض ، أو أمكن نقله وتحويله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل كالبناء والأشجار ، إذ البناء عند نقله يصبح انقاضاً .

والمنقول : هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء صورته وهيئته الأولى كالكتب والسيارات .

فائدة هذا التقسيم:

تظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول في الأحكام التالية :

أ - الشفعة تجري في العقار دون المنقول .

ب - العقار يصح وقفه بلاخلاف ، والمنقول لا يصح وقفه إلا تبعا للعقار .

جـ - المال إذا كان عقارا لا يجوز أن يبيعه إلا إذا توافر مسوغ شرعي يجيز له ذلك كإيفاء دين .

أما إذا كان منقولا ، فيجوز له بيعه متى رأى المصلحة فى ذلك .

د - عند التنفيذ على أموال المدين يتعين البدء أولاً ببيع المنقولات ، ولا تباع عقاراته أو شيء منها إلا عندما لا تكفي منقولاته في سداد ما عليه (١) .

٣ - المثلى والقيمي:

المثلى : هو ما يكون له نظير في الأسواق بدون تفاوت في أجزائه ووحداته تفاوتا يعتد به في المعاملات ، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق ، وذلك كالمكيلات والموزونات المتحدة في النوع .

وما يباع عادة بالعدد كالليمون وما شابه ذلك ، لأن التفاوت بين آحاده زهيد لا يعبأ به .

---

١ - الملكية للدكتور فراج ص ١٩، المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٦.

والقيمي : هو مالا مثل له في الأسواق أو له نظير ولكن بتفاوت كبير لا يتسامح به عادة ، كالدور والحيوانات كالإبل والغنم ، والأحجار الكريمة والكتب المخطوطة ونحوها [١] .

وتظهر فائدة هذا التقسيم فيما يلي [٢]:

أ - المثلى يثبت دينا في الذمة إذا ما عينت أوصافه بخلاف القيمي ، فإنه لا يثبت دينا في الذمة .

ب - الضمان في اتلاف المثلى يكون بمثله ، وفي القيمي يكون بقيمته يوم التعدي .

جـ - ربا الفضل يختص شرعا بالمال المثلى ، بخلاف المال القيمي فلا يعتبر مالا ربويا ، فيجوز بيع بعضه ببعض .

د - المال المثلى إذا كان مشتركا يجوز للشريك أن يأخذ نصيبه في غيبة الشريك الآخر بدون إذنه ، بخلاف المال القيمي فلا يجوز للشريك أن يأخذ نصيبه في غيبته بدون إذنه .

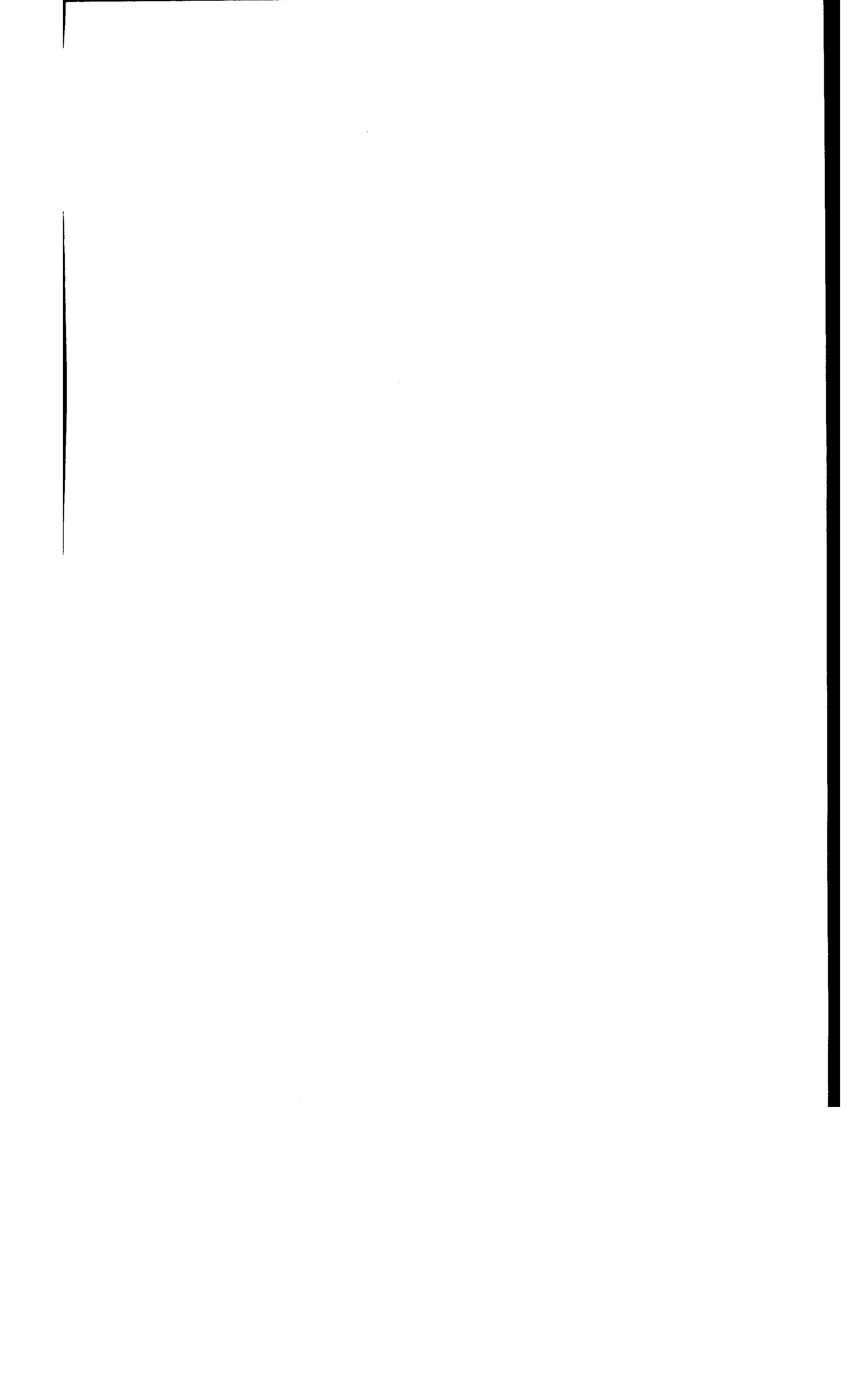
هـ - المال المثلى يصح أن يكون ثمنا لأنه معروف مضبوط ، فإذا قوبلت الأموال المثلية في عقد المعاوضة بأعيان قيمية كانت هى أثمانا والأعيان القيمية مبيعا ، بخلاف المال القيمي فإنه إذا قوبلت القيميات بعضها ببعض ، فإنه يكون كل منهما ثمنا من وجه ومبيعا من وجه .

١- النظريات العامة في الفقه الاسلامي لفراج والسريتي ص ٤٠ - ٤١ ، المدخل في الفقه الاسلامي لعبد الكريم زيدان ص ٢٢٢ - ٢٢٣.

٢ - المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ٢ - ٧.

الفصل الثالث

نظرية الملـــك



الفصل الثالث
نظرية الملك
ويتضمن عدة مباحث
المبحث الأول
في
تعريف الملك

● **الملك في اللغة:**

قال أبن دريد [1] : الملك ما يحويه الإنسان من ماله .

وقال أبن منظور [2] : الملك ، والملك ، والملك : احتواء الشىء والقدرة على الاستبداد به .

وقال صاحب المصباح المنير [3] : ملكه ملكا من باب ضرب ، والملك (بكسر الميم) اسم منه ، والفاعل مالك ، والجمع ملاك ، وبعضهم يجعل الملك (بكسر الميم وفتحها) لغتين فى المصدر .

وقال الفيروز ابادي [4] : ملكه يملكه مثلثة ، وملكه محركة ومملكة (بضم اللام أو يثلث) : احتواه قادرا على الاستبداد به .

وقد ذكرت قواميس اللغة أن معنى الملك : احتواء الشىء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بأنفراد .

---

١ - جمهرة اللغة ٢/ ١٧٠.

٢ - لسان العرب ١٠/ ٤٩٢.

٣ - المصباح المنير ٢/ ٢٧٩.

٤ - القاموس المحيط ٣/ ٣٢٠ - ٣٢١ ، الزمخشري ص ٩١٢ - ٩٥١، المعجم الوسيط ٨٩٣/٢.

وبينت أن معنى التملك : الملك قهرا .

والملكية مصدر صناعي منسوب إلى الملك بكسر فسكون ، وقد شاع استعمال الملك مكسور الميم ومفتوحها في ملك الأشياء ، وشاع استعماله مضموم الميم في الولاية العامة .

الملك في الشريعة الاسلامية:

اختلف الفقهاء في تعريف الملك ، وذلك نتيجة نظرهم إلى الملك ، فاتجهوا في تعريف الملك إلى اتجاهات ثلاثة هي :

الاتجاه الاول: تعريف الملك بإعتباره صفة للملوك .

تعريف القرافي [١] : الملك حكم شرعي ، مقدر في العين أو المنفعة ، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك ، والعوض عنه ، من حيث هو كذلك .

شرح التعريف [٢]:

حكم شرعي : بإجماع الفقهاء ، لأنه يتبع الأسباب الشرعية ، وكل ما يتبعها فهو حكم شرعي .

مقدر : وذلك لأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع ، والتعلق عدمى ، فهو ليس وصفا حقيقيا ، بل يقدر في العين أو المنفعة عند تحقق الأسباب المفيدة للملك .

في العين أو المنفعة : لأن الأعيان تملك كالمبيع ، والمنافع تملك كما في الإجارات .

يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك : ليخرج التصرف بالوصية ، والوكالة والولاية ، وتصرف القضاة في أموال الغائبين والمجانين

١- الفروق للقرافي ٣/٢٠٨.

٢ - الفروق ٣/٢١٢ ، تهذيب الفروق ٣/٢٣٣.

والمحجور عليهم ، فإن هذه الطوائف لهم التصرف ولا يملكون ، ولكن تصرفهم ليس لانتفاع انفسهم بل لانتفاع المالكين .

والعوض عنه: قيد لاخراج الإباحات في الضايافات ، لأن الضيافة مأذون فيها ، وليست مملوكة على الصحيح ، وكذلك لاخراج الاختصاصات بالمساجد والربط ومواضع المطاف والسكك ومقاعد الأسواق ، لأن هذه الأمور لا ملك فيها مع وجود المكنة الشرعية من الانتفاع بها ، لأن الحق يثبت لمن سبق إلى المكان .

من حيث هو كذلك : قيد لإدخال المحجور عليهم ، فإنهم ، وإن كان لهم الملك ، فليس لهم المكنة من التصرف في تلك الاعيان المملكوكة .

فبالنظر إلى الملك يجوز التصرف المذكور ، وبالنظر لما عرض من الأسباب الخارجة يقتضي المنع من التصرف .

ولا تنافى بين القبول الذاتي للحق ، واستحالة ما يترتب عليه من آثار لأمر خارجي عن ذات الحق .

تعريف ابن السبكي: « والمختار في تعريفه أنه أمر معنوي ، وإن شئت قلت حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضى تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك» [1] .

وتعريف ابن السبكي مطابق لتعريف القرافي ، ولذا لا حاجة لنا بشرحه .

خصائص تعريف القرافي [2]:

١ - أن الملك من أوصاف المملوك .

٢ - أن الملك من خطاب التكليف ، واعتبره ابن الشاط من خطاب

١- الأشباه والنظائر لأبن السبكى مخطوط - : و ٥٧ ب، والشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٦.
٢ - نظرية الحق والملك لطموم ص ٨ -٩ .

الوضع [١] ، ويمكن القول بأن الملك يكون من خطاب الوضع من وجه ، ومن خطاب التكليف من وجه .

٣- أن الملك إباحة خاصة ، في تصرفات خاصة ، وأخذ العوض عن ذلك المملوك على وجه خاص كما تقرره قواعد المعاوضات في الشريعة وشروطها وأركانها .

٤ - أن الملك موجبة سلطة التصرف .

٥ - أن الضيافات إباحات لا تمليك .

الإتجاه الثاني: تعريف الملك بأعتباره صفة للمالك .

أ - تعريف ابن الشاط [٢] : (الملك تمكن للانسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ، ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة) .

يتضح من التعويف أن الإنسان يملك المنفعة بالتناول ، لأن إباحة التناول هو تمكنه شرعا من التناول ، فالتناول هو سبب ملكها ، إذ الملك لابد فيه من سلطان لانتفاع ، لا سلطان التصرف ، والسلطان هو التمكن بعينه .

ويتضح ذلك من إطعام الضيف ، فإذا تناول الضيف مثلا لقمة من طعام الضيافة ، لا يجوز لغيره انتزاعها من يده ، فإن ابتلعها فقد سبق ملكه لها قبل البلع .

وإن لم يبتلعها ونبذها من يده فقد عادت إلى ملك صاحبها ، وجاز لغيره تناولها ، لأن صاحبها لايمكنه منها إلا ليأكلها ، فلما لم يأكلها

---

١ - تهذيب الفروق ٣/٢٣٤ .

٢ - حاشية ابن الشاط على الفروق ٣/٢٠٩ .

بقيت على ملك صاحبها .[1]

خصائص تعريف ابن الشاط[2] :

١- الملك من أوصاف المالك لا المملوك .

٢- الملك وصف متعلق بالعين أو المنفعة ، والمملوك هو متعلقة .

٣- الملك موجبه الانتفاع ، وقد يكون بمعرفة المالك نفسه ، وقد يتولاه النائب عنه .

٤- المالك لا بد فيه من سلطان الانتفاع ، لا سلطان التصرف على الصحيح .

٥- الضيافات تمليك للانتفاع بالأكل خاصة ، والمباحات العامة مملوكة بعد التناول والأخذ ، فإباحة التناول والأخذ سبب ملكها .

ب- وعرفه ابن الهمام فقال :[3] «الملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف) ، وقد أضاف ابن نجيم لهذا التعريف قيد «إلا لمانع» .

وإضافة هذا القيد يترتب عليه ما يأتي :

١- المحجور عليه ، كالصغير والمجنون فإنه مالك ، مع أنه لا قدرة له على التصرف .

٢- المشترى للمبيع المنقول قبل القبض ، فإن المبيع مملوك للمشتري ، ولا قدرة له على بيعه قبل قبضه .

٣- الراهن لا يملك التصرف في العين المرهونة وهي تحت يد المرتهن لتعلق حقه بالشيء المرهون .

---

١ - نظرية الحق والملك لطموم ص ١٢ .

٢ - أنظر: المرجع السابق.

٣ - فتح القدير ٥/٧٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦.

الاتجاه الثالث: تعريف الملك انطلاقاً من كونه علاقة بين المالك والمملوك

١- عرفه القابسيّ بقوله [١] : «الملك عبارة عن الاختصاص الحاجز» .

الاختصاص الحاجز : المراد به أن الشيء يكون لصاحبه وحده دون غيره ، بحيث يمنع غيره من الانتفاع به ، أو التصرف فيه .

والواقع أن هذا لا يكفي في تعريف الملك ، ذلك أن هذا التعريف أقرب ما يكون لتعريف الحق ، فإضافة وصف (حاجز) لم يقدم شيئاً جديداً ، لأن معنى الاختصاص : أن الشيء لصاحبه دون غيره [٢] .

فغير صاحبه محجوز عنه ، لأن صاحبه مختص به .

فهذا التعريف منتقد لأنه يجعل الملك شاملاً لكل أنواع الاختصاص ، فيدخل في معنى الملك على أساسه كل ما يثبت من حقوق للشخص ، فحق الشفيع للشفعة ، وحق المستأجر في عمل الأجير ، وحق الحضانة ، وحق استمتاع الزوج بزوجته ، وحق الانتفاع بالمباحات العامة ، كل هذه الحقوق تعتبر من قبيل الملك لأصحابها [٣] .

والملك وإن كانت حقيقته أنه اختصاص ، لكنه اختصاص مقيد ، فهو ليس كل اختصاص ، إنما الاختصاص الذي يثبت من أجل الانتفاع أو التصرف بالأشياء حسب طبيعتها ، فحيثما وجد هذا الاختصاص وجد الملك ، وإذا وجد الاختصاص ، ولم يكن بهذه الصفة كنا أمام حق ، وليس أمام ملك ، فكل ملك حق ، وليس كل حق ملك . [٤]

٢- تعريف ابن عرفه [٥]: بأنه استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر

---

١ - الحاوي القدسي مخطوط: ٥١٥ .
٢ - المصباح المنير ٢٠٨/١.
٣ - الملكية للخفيف ١٧/١، المرجع السابق.
٤ - الملكية للعبادي ١/ ١٤٥ - ١٤٦.
٥ - شرح حدود ابن عرفة ص ٤٦٦ - ٤٦٧.

جائز فعلاً أو حكماً لا بنيابة .

شرح التعريف:

استحقاق : المقصود منه اللازم المساوي للمك ، وهو الجنس المقيد ، وهو عرضى عند الحكماء .

واستحقاق التصرف كون الشخص له أهلية كمال التصرف .

التصرف في الشي : أخرج به استحقاق غير التصرف ، كاستحقاق العدالة ، أو الأمانة ، وغير ذلك مما لا يقع التصرف فيه .

واعترض على ذلك بأن استحقاق التصرف إنما هو ثمرة الملك لا نفسه ، لأنه يصح أن يقال : استحق فلان التصرف لأجل الملك ، والسبب غير المسبب ، فالملك غير الاستحقاق ، والأولى أن يقال صفة حكمية .

ويجاب عن ذلك بأن استحقاق التصرف معناه : كون الشخص له أهلية في كمال التصرف .

بكل أمر : أخراج به الاستحقاق ببعض الأمور ، فإنه ليس بملك ، كمن استحق التصرف في منافع الشيء ، فلا ملك له في الشيء .

جائز : أخرج به التصرف بغير الأمر الجائز ، مثل اتلاف المال واضاعته ، فإنه لا يجوز في الملك .

فعلاً أو حكما : لإدخال التصرف الفعلي والحكمي ، فيدخل ملك الصبي ، لأنه حكمي لا فعلي ، فهو يستحق ذلك حكماً ، وإن لم يجز له أن يتصرف .

لا بنيابة : أخرج به تصرف الوكيل والوصي .

تعريف الملك عند الفقهاء المحدثين:

١- تعريف الشيخ مصطفى الزرقا [1] : (اختصاص حاجز شرعاً صاحبه التصرف إلا لمانع) .

حاجز : أي يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون إذن المالك .

والمانع الذي يمنع المالك عن التصرف يشمل حالتين :

أ - نقص الأهلية ، كما في الصغير إذ يتصرف عنه وليه .

ب ٠ حق الغير ، كما في المال المشترك ، والمال المرهون ، أذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم .

فوجود المانع هنا لا ينافى الملك لأنه عارض .

ويتناول التعريف جميع أنواع الملكية : ملكية الأعيان ، والمنافع ، والديون .

ويوضح التعريف أيضا أن الملك عبارة عن علاقة الإنسان بالمال وما في حكمه من المنافع ، فهو التصوير التشريعي لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها .

وبذلك يتبين أن الملكية ليست شيئا ماديا ، إنما هي حق من الحقوق ، والحق نوع من الأعتبار الشرعي .

فحيثما أقر الشرع هذه العلاقة الاختصاصية بين الانسان والمال ثبت الملك ، وحيثما نفي الشرع هذه العلاقة أنتفى الملك .

وذلك بخلاف المال ، فإنه يقع على الموجودات ذات المنافع ، حتى أن المال عند الحنفية يختص بالأعيان المادية ، فلا يشمل المنافع في نظر الحنفية [2] .

---

١ - المدخل الفقهي العام للزرقا ٢٤١/١.

٢ - حاشيبة ابن عابدين ٢٠٦/٦.

٢ - تعريف الشيخ على الخفيف [١] :

أ - ارتباط شرعي بين الإنسان والشيء المملوك ، يجعله قادرا على التصرف فيه بوجه الاختصاص .

ب - حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به ، والتصرف فيه إلا لعارض شرعي يمنع من ذلك .

٣ - تعريف الشيخ أبو زهرة [٢] : أنه أختصاص بالأشياء ، الحاجز للغير عنها شرعا ، الذي به تكون القدرة على التصرف في الأشياء ، ابتداء الا لمانع يتعلق بأهلية الشخص .

٤ - عرفه الشيخ أحمد ابو الفتوح بأنه [٣] : ارتباط شرعي بين الانسان والشيء المللوك يجعله قادرا على التصرف فيه بوجه الاختصاص .

٥ - وعرفه الشيخ محمد مصطفى شلبي بأنه [٤] : اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ، ابتداء إلا لمانع شرعي .

٦ - وعرفه الشيخ عيسوي أحمد بأنه [٥] : اختصاص الإنسان بالشيء على وجه يمنع الغير عنه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ، ابتداء إلا لمانع شرعي يمنع ذلك .

٧ - وعرفه المرحوم محمد يوسف موسى بأنه [٦] : حيازة الشيء متى كان الحائز له قادرا وحده على التصرف فيه ، والانتفاع به عند عدم

١- أحكام العاملات الشرعية ص ٣٧، مختصر أحكام المعاملات ص ٩.

٢ - الملكية ونظرية العقد ص ٦١ - ٦٢.

٣ - المعاملات في الشريعة والقانون ص ٣٣.

٤ - المدخل ص ٢٤٤.

٥ - المدخل الفقهي الإسلامي ص ٣١٩.

٦ - الأموال ونظرية العقد ص ١٦٥.

المانع الشرعي .

٨ - وعرفه الدكتور العبادي فقال [١] : (هو اختصاص انسان بشيء يخوله شرعا الإنتفاع والتصرف فيه وحده ابتداء إلا لمانع)

واشترط في التعريف الجامع المانع ما يأتي:

أ - أنه اختصاص أو علاقة يختص بها الإنسان بشيء .

ب - أن موضوع هذا الاختصاص : القدرة على الانتفاع والتصرف بهذا الشيء .

جـ - أن هذا الإنتفاع والتصرف قد يمنع منهما مانع ، كما في المحجورين للصغر أو الجنون .

د - أن هذا الانتفاع والتصرف قد يتم إصالة أو وكالة .

هـ - وكل هذا مقررة أحكامه في الشرع جملة وتفصيلا .

٩ - وقال الدكتور طموم [٢] : والتعريف الجامع المانع للملك في اصطلاح الفقهاء هو : (اتصال شرعي بين الشخص وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه بالإنتفاع ، إما مع أخذ العوض أو بدونه ، وإما مع رد العين أو بدونه ، بنفسه أو بنائه ، وحاجزا عن تصرف غيره فيه بدون استنابته) .

---

١ - الملكية ١/ ١٥٠.

٢ - الحق في الشريعة ومعه الملك ص ١٥.

المبحث الثاني
في
أنواع الملك

● **أنواع الملك باعتبار محله.**

ينقسم الملك باعتبار محله ، إلى اربعة أقسام .

١ - ملك عين ومنفعة .

٢ - ملك عين بلا منفعة .

٣ - ملك منفعة بلا عين .

٤- ملك إنتفاع .

ويمكن رد هذه الاقسام إلى قسمين : ملك تام وملك ناقص ، وسأفصل ذلك من خلال المطلبين الآتين :

المطلب الأول
في
ملك العين والمنفعة

ملك العين والمنفعة:

إذ كان الملك شاملا للعين والمفعة جميعا كان ملكا تاما ، فالتام ما يرد على ذات الشيء ومنفعته معا ويكونان تحت يد شخص واحد . (١)

حكمه : الملك التام يبيح لصاحبه حرية الانتفاع والتمليك والتصرف فى العين نفسها ، أو في منفعتها فقط ، أو في مجموع العين والمنفعة . (٢)

---

١ - حاشية ابن عابدين ٢٦٣/٢ بتصرف.

٢ - شرح مرشد الحيران ص ٨.

أسباب الملك التام مجملة [1]:

أولا: الأسباب الاختيارية من الجانبين : جانب من يدخل إلى ملكه المال برضاه واختياره ، وجانب من ينتقل منه الملك ، مثل : عقود المعاوضات والتبرعات ، كالبيع ، والهبة ، والأصل فيها أن تكون قولية .

ثانيا: الاسباب الاختيارية من جانب من يملك فقط ، وقد تكون فعلية ، وقد تكون قولية .

١ - الأسباب الفعلية : مثل ، حيازة المباح ، والاستيلاء عليه ، كصيد السمك والطير ، وهو سبب منشىء للملك ، وقد تم بإختيار المالك وارادته وفعله .

٢ - الأسباب القولية وتكون :

أ - عن طريق التعاقد : مثل : الشفعة ، لأن الشفيع هو الذي يطالب بالشفعة ، وتثبت ملكيته جبرا عن المشتري ، ويرجع إلى كتب المذاهب لمعرفة وقت انتقال الملكية .

ب - وتكون بالتضمين وطلب التعويض ، وذلك عند الاتلاف والاعتداء ، مثل الإرث ، والقيمة ، والمثل .

ثالثا: الأسباب الجبرية من الجانبين دون ارادة ولا اختيار ، مثل : الإرث ، فإن انتقال الملك من الموروث إلى الوارث يكون جبرا بدون اختيار ، حتى أن الوارث لا يملك رفض دخول ما ورثه في ملكه .

انقضاء الملك التام:

الملك التام دائم ولا ينقضي إلا بأحد الأسباب الآتية :

١ - هلاك العين ومنفعتها ، سواء أكان الهلاك بأمر سماوي كموت

---

١ - نظرية الحق في الشريعة لطموم ص ٤١ - ٤٣.

الحيوان ، أم بفعل فاعل كالاعتداء على ملك الغير بالاستهلاك ، مثل : أكل طعام الغير بدون إذنه ، أو اتلافه .

٢ - خروج العين أو المنفعة من ملك المالك ، بإرادته واختياره ، مثل : خروج المبيع بالبيع .

٣ - خروج العين والمنفعة من ملك المالك بغير ارداته واختياره ، وإنما جبرا عنه ، مع بقائه على قيد الحياة ، مثل : خروج العقار من ملك المشتري جبرا عنه ، لتملك الشفيع العقار بالشفعة .

٤ - خروج العين والمنفعة من ملك المالك ، جبرا عنه وذلك بهلاك المالك وموته حقيقة ، أو بالموت حكما ، وذلك في المفقود والمرتد بعد حكم القاضي [1] .

---

١ - أنظر: المرجع السابق.

المطلب الثاني
في
الملك الناقص [1]

وهو ما يرد على الرقبة وحدها ، أو على المنفعة وحدها .

ويتنوع ملك المنفعة إلى نوعين :

نوع يكون فيه حق الانتفاع شخصيا ، ونوع يكون فيه عينيا ، ولا يكون إلا في العقار ، وهو ما سمي بحق الإرتفاق .

ولهذا تكون اقسام الملك الناقص ثلاثة ، نتحدث عنها من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول
في
ملك العين بلا منفعة

ملك العين بلا منفعة :

يتحقق ملك العين إذا ما كانت العين (رقبتها) مملوكة لشخص ومنافعها كلها مملوكة لشخص آخر .

وعندئذ لا يكون لمالك العين أن ينتفع بها ، ولا أن يتصرف في منفعتها ما دامت المنفعة في ملك غيره ، وكذلك لا يجوز له أن يتصرف في نفس العين تصرفا يضر بحق مالك المنفعة .

---

١ - مختصر أحكام المعاملات للخفيف ص ٨، الملكية في الشريعة للعبادي ٢٣٤/١ - ٢٣٥.

فإذا كانت دارا ، فليس له أن ينقصها بهدم بعض حجراتها ، وليس له أن يبيعها لغير مالك المنفعة إلا بإذنه ، وهكذا ، وعليه أن يسلمها إليه ليستوفي حقه من منافعها ، فإذا امتنع اجبر على ذلك .

ويتحقق ملك العين فقط عن طريق الوصية في صورتين [1] :

١ - أن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته لآخر ، لمدة معينة بعد وفاته ، فيملك الموصى له منفعة العين بالوصية ، في حين يملك الورثة رقبتها بالإرث ، وذلك إلى حين انتهاء المدة المعينة فتعود المنفعة إلى الورثة .

٢ - أن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته لآخر ، لمدة معينة بعد وفاته ، ويوصي برقبتها لشخص آخر ، فيكون لهذا الشخص ملكية العين دون منفعتها ، حتى انتهاء المدة المعينة ، فتصبح العين ومنفعتها ملكا له .

خصائص هذا النوع من الملك :

١ - مالك العين ليس له الانتفاع لا بنفسه ولا بغيره ، فلا يمكن غيره منه بأجر أو بدون أجر .

٢ - لا يجوز لمالك العين أن يتصرف فيها تصرفا يضر بمالك المنفعة .

٣ - مالك العين إذا مات انتقلت العين إلى ورثته .

٤ - مالك العين إذا اتلفها ضمن المنفعة لمالكها .

٥ - نفقات العين اللازمة لاستبقاء المنفعة والضرائب المقررة عليها تكون على مالك المنفعة .

---

١ - الهداية وشروحها ٨/ ٤٨٠، والاشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٧٩، قواعد أبن رجب ص ٤١.

الفرع الثاني
في
ملك المنفعة بلا عين

● ملك المنفعة بلا عين :

وهذا الحق يتعلق ابتداء بشخص المنتفع ، ويكتسب بعدة أسباب منها :

١ - الإجارة : اتفق الفقهاء على أن المستأجر مالك لمنفعة العين المؤجرة خلال مدة الإجارة ، وله أن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ما دامت المنفعة لا تختلف بإختلاف المنتفعين .

٢ - الإعارة : وهي تبرع بالمنفعة بدون عوض .

وذهب جمهور الحنفية ، والمالكية إلى أن المستعير يملك المنفعة [١] .

وذهب الشافعية في الأصح وجمهور الحنابلة والكرخى من الحنفية إلى أن الإعارة إباحة للمنافع وليست تمليكها لها [٢] .

٣ - الوصية بالمنافع : وهي تصرف مضاف لما بعد الموت ، وقد سبق بيان ذلك .

٤ - الوقف : وهو حبس العين عن تملكها لأحد ، وصرف منفعتها .

وللموقف عليه أن يستوفى المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره ، كما لو وقف شخص داره على فلان ومن بعده على المساجد ، وجعل له أن ينتفع بالدار على الوجه الذي يريده ، فله أن يسكن الدار إن شاء ، أو يؤجرها أو يعيرها .

---

١ - حاشية أبن عابدين ٥/٦٧٧، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٣٣.

٢- حاشية الجمل ٣/ ٤٥٢ - ٤٥٣. كشاف القناع ٢/٣٣١ - ٣٣٦.

أحكام هذا النوع من الملك:

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي بالأحكام الآتية :

١ - أنه يقبل التقييد ابتداء بالزمان والمكان والصفة حسب الشروط أو المتعارف عليه أيا كان السبب ، فيجوز مثلا لمعير السيارة أن يقيد المستعير بالانتفاع بها مدة اسبوع فقط ، أو أن يستعملها للركوب فقط دون نقل الأثقال والأثاث ، أو أن يستعملها في بغداد فقط ، أو أن يستعملها نهارا لا ليلا .

٢ - مالك المنفعة يضمن العين إذا تعدى عليها ، لأنه تعدى على ملك غيره .

أما إذا هلكت في يده أو تعيبت دون تعد أو إهمال أو تقصير ، لم يضمن شيئا لأنه أمين .

٣ - عدم جريان الإرث في هذا النوع من الملك لأنها منافع عند الحنفية ، بخلاف حق الانتفاع العيني فإنه يورث كما سيأتي [١] .

أما عند غير الحنفية ، فإن الإرث يجري في ملك المنفعة ، لأن المنافع أموال عندهم ، فهي أموال مملوكة للمورث ، فتورث عنه [٢] .

٤ - على مالك المنفعة نفقات العين التي ينتفع بها إذا كان انتافعه بها بالمجان ، كما في الوصية والعارية ، أما إذا كانت بعوض ، فإن نفقة العين تكون على مالكها ، كنفقة الدابة ، .

٥ - رد العين إلى مالكها بعد انتهاء حق الانتفاع إذا طلبها منه إلا إذا

---

١ - البدائع ٣/٣٥٣ - ٣٥٦.

٢ - بلغة السالك ٣/٥١٢، نهاية المحتاج ٤/٩٧ ، كشاف القناع ٢/٥٠٣.

ترتب على الرد ضرر بالمنتفع فعند ذلك تبقى عند المنتفع بأجر المثل إلى زوال الضرر ، فمن أستأجر أرضا للزراعة وأنتهى الأجل والزرع لم يحن وقت حصاده ، تبقى الأرض عند المستأجر بأجر المثل حتى يحصد الزرع [1] .

انتهاء هذا النوع من الملك:

ينتهي هذا النوع من الملك بأحد الأمور الآتية :

١ - إنتهاء المدة المحددة في العقد .

٢ - وفاة المنتفع عند الحنفية ، وعند غيرهم يحل محله ورثته حتى تنتهى مدة الانتفاع .

٣ - وفاة مالك العين ، إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة أو الإعارة ، أما في الوصية فلا يبدأ ملك المنفعة إلا بعد موت الموصي وقبول الموصي له الوصية أو عدم رده لها ، وفي الوقف لا أثر لموت الواقف على ملك الموقوف عليه المنفعة .

٤ - هلاك العين المنتقع بها في بعض الحالات كما في العارية والإجارة إذا كانت العين معينة ، أما في الوصية فلا ينتهي الملك فيها إلا إذا كان هلاك العين الموصى بمنفعتها بدون تعد أو تقصير .

فإذا أوصى انسان لآخر بركوب دابة مدة شهر فهلكت بعد مضي خمسة عشر يوماً من مبدأ انتفاعه ، انتهى حق الموصى له بهلاكها ، ولم يكن له أن يطلب دابة أخرى ليركبها المدة الباقية ، أما إذا اتلفت هذه الدابة فإن حقه لا ينتهي بإتلافها ، ولكن المعتدي يلزم بقيمتها ، ثم يشتري بها دابة أخرى تحل محلها فينتفع بها الموصى له المدة الباقية [2]

---

١ - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي لزيدان ص ٢٣١.

٢- مختصر أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ص ١٤.

الفرع الثالث
في
ملك الإنتفاع

ويسمى حق الانتفاع العيني ، أو حق الارتفاق .

وهو حق مقرر لمصلحة عقار على عقار آخر ، بصرف النظر عن شخص مالكه .

ويسمى العقار الذي له مصلحة : العقار المخدوم .

ويسمى العقار الذي تنشأ عليه حقوق ارتفاق : العقار ا لخادم .

وتسمية هذه الحقوق بحقوق الارتفاق تسمية حادثة أطلقها المرحوم قدري باشا صاحب مرشد الحيران .

والتعريف السابق تعريف غير جامع ، لأنه لا يصدق على حق الجوار وحق التعلي ، حق الشفعة ، إذ ليس كل منها حقاً مقرراً على عقار لمنفعة عقار آخر كما هو بين ، وسيتضح ذلك عند بيان حقوق الارتفاق .

● **أسباب ثبوت ملكية حقوق الارتفاق:**

١ - الشركة العامة : ونعني بذلك اشتراك جميع أفراد الأمة في منافع العقارات المخصصة للنفع العام كالطرق والكباري والمجاري والمياه وغيرها .

فهذاه العقارات ونحوها يترتب عليها حقوق ارتفاق لجميع العقارات المتصلة بها ، فالدار الواقعة على الطريق العام لها حق ارتفاق عليه ، هو حق المرور فيه إليها .

٢ - اشتراطها في عقد معاوضة : عند عدم مخالفته للشرع ، وموافقته للعرف الشائع ، مثل : أن يشترط المشتري لجزء من أرض البائع

حق المرور في الأرض الباقية المملوكة للبائع ، ويقبل البائع ذلك ، وينص عليه في العقد .

٣ - التقادم : فإذا كان لعقار حق ارتفاق على عقار آخر منذ زمن قديم دون معارضة من أحد ودون أن يعرف سبب نشوء هذا الحق ، فإن الظاهر يشهد بأن الحق نشأ عن سبب صحيح وإن كان مجهولا لنا وبالتالي نحكم ببقائه رعاية لقدمه وتطبيقا لقاعدة فقهية تقرر أن القديم يبقى على قدمه مالم يظهر فساده ، فإن تبين أنه سبب غير صحيح ، فإنه يحكم بزوال الحق ، وهو في هذا يختلف عن ثبوت الحق بالتقادم في القانون المدني ، لأن فيه يصرف النظر عن السبب الأصلي إطلاقاً .

٤ - اشتراطها في قسمة العقار المشاع ، مثل : أن يكون العقار مملوكاً لأشخاص مشاعاً ثم يقسم بينهم ، فيحتاج نصيب أحدهم إلى حق المرور ، أو حق الشرب مثلاً في نصيب آخر من العقار ، فيشترط ذلك في عقد القسمة ، فيكون بعد التراضي بينهم حقوق الارتفاق مملوكة لمالك العقار المخدوم ، ويلتزم بهذه الحقوق مالك العقار الخادم ، ولا ينفك عنه بتغير وتبدل مالك العقار الخادم [١] .

٥ - الجوار بالنسبة إلى حق الجوار : فيثبت لكل دار حق ارتفاق على الدار المجاورة بالاستضاءة من فنائها والانتفاع بها ، على الوجه الذي سنبينه في حقوق الجوار ، وهذا الحق يثبت لكل من الدارين على الآخر بسبب الجوار ، كما سيأتي :

والقاعدة العامة لبقاء هذه الحقوق، هي: ألا يترتب على بقائها ضرر بين ، وإلا وجب إزالة منشأ هذا الضرر ، كمسيل قدر على طريق

---

١ - نظرية الحق في الشريعة الإسلامية لطموم ص ٦٢.

عام أو على طريق خاص ، فإنه يجب إزالته ، سواء أكان في ملك خاص أم في ملك عام ، قديماً أو حديثاً .[1]

■ مميزات حقوق الارتفاق:

تتميز حقوق الارتفاق بأمور ، منها :

١ - لا يكون إلا على عقار فقط ، وهو العقار الخادم .

٢ - أنها تكون لمصلحة عقار فقط ، وهو العقار المخدوم .

٣ - أنه حق دائم ، لا ينتهي ولا يزول إلا للصالح العام ، ولا يجوز تأقيته عند الأحناف ، وإن جاز تقييده بالصفة والمكان اتفاقاً .

٤ - أنه لابد من تحديد الحق بحيث لا يؤدي إلى النزاع ، أو الاضرار بالعقار الخادم .

٥ - أنه حق يرفع من قيمة العقار صاحب حق الارتفاق ، ويخفض من قيمة العقار الآخر الذي عليه الحق .

٦ - أنه حق يتبع العقار دائماً ينتقل معه من يد إلى يد ، سواء أكانت يد مشتري أم موصى له أم مستأجر إلى غير ذلك ، فهو لهذا يورث حتى عند الأحناف لتعلقه بالعقار دون الأشخاص .

■ بيان حقوق الارتفاق:

● أولاً: حق الشرب:

الشرب بالكسر لغة النصيب من الماء .

وفي اصطلاح الفقهاء : النصيب المستحق من الماء ، أو نوبة الانتفاع بالماء لسقي الشجر والزرع .

ويلحق به ما يسمى بحق الشرب (بضم الشين) أو بحق الشَّفَة ،

---

١ - مختصر أحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٧ - ١٨.

ويعني حق شرب الإنسان والدواب من الماء وللاستغلال المنزلي على وجه العموم باعتبار أنه يشمل سقي ما يكون في أفنية الدور من أشجار وزروع .[1]

والمياه بالنسبة لهذا الحق تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ماء المجاري العامة غير المملوكة لأحد ، كالأنهار العظيمة ، كالنيل والترع العامة المتفرعة منه كالسوهاجية .

وحكم هذا النوع أن لكل إنسان الحق في أن ينتفع به ، فله أن يشرب منه ، وله أن يسقي دوابه وزرعه ويأخذ ما يشاء لشؤون معاشه ، وله أن يقيم من الآلات الرافعة ما ييسر له الانتفاع ، مالم يكن ذلك ضار بالناس عامة فيمنع لدفع الضرر ، لقوله ﷺ (لاضرر ولا ضرار) .[2] وهذا الماء مباح والناس شركاء فيه لقوله- ﷺ - : «المسلمون شركاء في ثلاثة : في الماء ، والكلأ ، والنار) .

الثاني: ماء المجاري والينابيع المملوكة ، وهي التي يتفجر ماؤها في أرض مملوكة أو يحدثها شخص في ملكه ، أو في أرض موات له حق في إحيائها .[3]

وحكم هذا النوع يختلف باختلاف استعمال الماء .

فحق الشفة يثبت للجميع ، لأن الناس في حاجة دائمة إلى ماء يشربون منه هم ودوابهم ، فلا يصح أن يحال بينهم وبينه ، لاسيما أن هذا النوع لا يعد محرزاً عادة في مجراه ، ولهذا إذا منعه صاحب المجرى عمن يريده لشربه وشرب دوابه ، فللممنوع أن يأخذه ولو بالقوة ، لأنه محتاج إليه ، وله حق فيه .

---

١ - أنظر: البدائع ١٨٨/٦.

٢ - سبل السلام ٧٧/٣.

٣ - مختصر أحكام المعاملات الشرعية لشيخ على الخفيف ص ١٨.

ودليل ذلك ما روى عن عمر أنه أباح لمن منعوهم سقي دوابهم من بئر لهم أن يدافعوا أصحاب البئر ويأخذوا حاجتهم من الماء ولو بالقوة (١) .

أما حق الشرب فلا يثبت إلا لصاحب المجرى ، ولا يحق لأحد أن يسقي زرعه أو أرضه ، لأن في ذلك ضرراً بليغاً على صاحب الجدول أو البئر ، لأنه قد لا يجد ما يسقي هو به زرعه ، ولكن لو باع صاحب المجرى جزء من أرضه مع حق شربها من هذا المجرى ثبت للأرض المبيعة حق شرب على هذا المجرى المملوك للبائع دون أن يكون للمشتري ملك في رقبة المجرى . (٢)

● **الثالث:** الماء المحرز : وهو ما حازه صاحبه في آنية أعدت لذلك ، كالصهاريج ونحوها ، ومن ذلك مياه الشركات في المدن ، ومياه المجالس البلدية في البلاد ، وهذا الماء ملك لمن أحرزه ، شأنه شأن كل مباح يملك بالاستيلاء عليه واحرازه ، وإذا ملك جاز بيعه لما روى أن النبي ﷺ : «نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه» .

■ **ثانياً: حق المجرى:**

يراد به حق إجراء الماء - المستحق شربا - في أرض إلى أرض أخرى لسقيها .

وقد يكون المجرى ملكاً لصاحب الأرض التي يخترقها ، وقد يكون ملكاً لصاحب الأرض الذي ينتفع به ، وقد يكون مشتركاً بين الاثنين .

ومن أحكام هذا الحق : أنه لا يجوز لمن يمر هذا المجرى في أرضه أن يمنع صاحب حق المجرى من إمراره الماء فيه واصلاحه وتعميقه وتعهده بين الحين والحين .

---

١ - الخراج لأبي يوسف ص ٥٥، البدائع ٦/ ١٨٩.

٢ - المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية لزيدان ص ٢٣٤.

كما أن على صاحب المجرى أن يمنع أي ضرر عن الأرض التي يمر فيها ، ولهذا عليه أن يقوي جوانب المجرى حتى لا ينز ماؤه أو يطفح ، كما عليه تعميق أرض المجرى أو تقليل جريان الماء إذا كان هذا ضرورياً لدفع الضرر عن الأرض التي يمر فيها المجرى .

وليس للمنتفع أن يزرع على حافته شجراً ، إذا ليس له إلا حق امرار الماء فقط ، وكذلك ليس له أن يسكره إلا برضا بقية المنتفعين ، فإن أبوا عليه ذلك ولم يصل الماء إلى مستوى أرضه لعلوها ، رفعه إليها بآلة ينصبها في أرضه لا في أرض غيره .

ثالثاً حق المسيل: (١)

هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله في مجرى سطحي أو في أنابيب أعدت لذلك ، حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع ، سواء أكان مصدر هذا الماء أرض زراعية أم منزلاً للسكن أم مصنعاً ، وسواء أكان هذا الماء من أمطار أم فاضلاً من السقي أو متخلفاً عن استعمال .

وحكم هذا الحق : أنه مادام ثابتاً لعقار بسبب صحيح معلوم ، أو بالعدم مع الجهل بالسبب ، فإنه لا يكون لصاحب العقار الذي يمر به المسيل أن يمنع صاحب العقار المنتفع من استيفاء حقه إلا إذا ترتب على ذلك ضرر ، ففي هذه الحالة يكون له المنع لأن الضرر يجب منعه أو إزالته .

ولا يبطل حق المسيل بتغير صفة الانتفاع أو المنتفع بأن كان داراً فحولها مالكها إلى أرض زراعية أو العكس ، لأنه من الحقوق الملازمة للعين فيبقي ببقائها بصرف النظر عن صفاتها أو المالك لها .

ونفقات اصلاح المسيل على من له حق الانتفاع به ، فإن احتاج في

---

١ - مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٠ - ٢١ ، النظريات العامة في الفقه الاسلامي لفراج والسريتي ص ٧٢.

اصلاحه إلى دخول ملك غيره ، فليس للمالك أن يمنعه من الدخول ، فإن منعه الزم باختيار أحد أمرين :

فإما أن يمكنه من الدخول للاصلاح ، وإما أن يقوم هو باصلاحه من ماله ، حتى لا يمنع ذو حق من حقه .

وعلى هذا : فالفرق بين المسيل والمجرى : أن المسيل لتصريف الماء غير الصالح ، والمجرى لجلب الماء الصالح ، وتكاد تكون أحكامها واحدة .

■ **رابعاً حق المرور:**

ويقصد به حق الإنسان في أن يصل إلى ملكه بالمرور في طريق عام ، أو طريق خاص .

أما المرور في الطريق العام ، فهو حق لجميع الناس دون قيد سوى قيد عدم الاضرار بالغير .

ولأصحاب العقار المتصل به حق الارتفاق به ، فيفتحون فيه ما يشاءون من أبواب ونوافذ ، دون أن يكون لأحد من الجيران حق في الاعتراض على ذلك ، سواء أكان ذلك إنشاء أو احداث أم إعادة وتجديداً لما كان من قبل .

ولا يجوز لأحد أن يحدث في الطريق العام ما يعوق المرور أو يضيق من سعته ، كإنشاء بناء أو إقامة حاجز أو دكة أو شرفة واطئة ونحو ذلك ، ما كان ذلك ضاراً ، عند ائمتنا الثلاثة ، فإن لم يترتب عليه ضرر كان إحداثه جائزاً بشرط إذن ولي الأمر عند أبي حنيفة .[1]

أما المرور في الطريق الخاص : فهو أن يثبت لشخص واحد أو أكثر ، وقد يكون الطريق الخاص مملوكاً لصاحب حق المرور فيه ولكن يقع في ملك غيره ، وقد يكون ملكاً لصاحب الأرض التي يخترقها .

---

١ - البحر الرائق ١٤٢/٦ ، فتح القدير ٥٠٥/٥ .

فإذا كان هذا الحق لعدة أشخاص ، كان الانتفاع به مقصوراً عليهم ، ولكل منهم أن يرتفق به بفتح ما يشاء من أبواب ونوافذ على الوجه الذي جرت به العادة وتعارفه الناس ، ولا يجوز على غير هذا الوجه إلا بإذن الآخرين من أصحاب الحق فيه ، لأنه كالمال المشترك بينهم .

وليس لهم أن يتفقوا على سد الطريق أو إزلته ، لأن في ذلك اعتداء على حق ثبت للعامة فيه بمجرد إنشائه وفتحه ، وهو حق التجائهم إليه عند الزحام في الطريق العام ، إلا أنه كان عند إنشائه معزولاً عن الطريق العام بإقامة باب على منفذه ، فإنه في هذه الحالة لا تعلق لحق العامة به وبالتالي يجوز لأصحابه التصرف فيه بإزالته إذا شاؤا . (١)

خامساً: حق التعلي:

وهو أن يكون لشخص الحق في أن يعلو بناؤه بناء غيره بأن يقيمه عليه فعلاً ، كما في دار مكونة من ثلاث طبقات فأكثر ، يبيعها مالكها لثلاثة أشخاص فأكثر ، لكل شخص طبقة من طبقاتها ، فيكون للأعلى حق التعلي والقرار على ما يليه ، ولمن يليه حق التعلي والقرار على ما يليه ، وهكذا إلى الطبقة الأرضية ويكون سقف كل طبقة مملوكاً لمالكها وللمستعلى عليه حق الانتفاع به فقط .

وهذا الحق يبقى دائماً وان انهدم البناء الأسفل أو الأعلى ، ولصاحب العلو ولوارثه من بعده الحق في بنائه واحداثه من جديد حين يريد .

وهذا الحق لا يثبت عند الحنفية ، إلا ضمن بيع علو قائم بناؤه ، فلا يباع حق التعلي استقلالاً ، لأن بيعه استقلالاً غير صحيح عندهم ، لأنه ليس بمال .

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز بيعه استقلالا ، واذن يثبت ببيعه

---

١ - المدخل لدراسة الشريعة لزيدان ص ٢٣٦.

استقلالاً كما يثبت في ضمن بيع بناء العلو، وإذا بيع استقلالاً عندهم، فقد يباع والسفل قائم فيحدد عندئذ العلو المبيع: بأنه علو السفل أو علو ناحية معينة وقد يباع قبل وجود السفل فيوصف في العقد ما سيبنى من سفل ويحدد ويقدر ما يباع من علو، ويبين كل ذلك بيان لا يكون معه نزاع.[1]

وليس لواحد من الطرفين أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بصاحبه، فليس لصاحب السفل مثلاً أن يهدمه أو يفتح فيه فتحات تسبب له الوهن والضعف وتعرضه للانهدام، كما ليس لمالك العلو أن يبني عليه طبقة أو أكثر بحيث يضر بناؤه بالسفل.

وإذا هدم مالك السفل بناءه أجبر على إعادته.

أما إذا انهدم لوهنه وضعفه، فإن مالكه لا يجبر على إعادته، ولكن لمالك العلو أن يتفق معه بصورة ودية على إعادة البناء أو يراجع المحكمة لأخذ الإذن منها على إعادة البناء على حساب صاحبه ليرجع بما أنفق عليه.

وإذا انهدم العلو أو هدمه مالكه، فإنه لا يجبر على إعادته إذا لا ضرر على صاحب السفل من ذلك.[2]

سادساً حقوق الجوار:

المراد بالجوار هنا، الجوار الجانبي، وهو ينشأ من الملاصقة بالجدران.

ويترتب عليه منع مالك العقار من أن يضر بجاره ضرراً بيناً في سبيل انتفاعه بملكه، كأن يقيم في داره مصنعاً أو طاحونة توهن البناء، أو يفتح شبابيك على ساحة جاره تنكشف بها عورات الجار، أو يقيم جداراً عالياً

---

١ - مختصر أحكام المعاملات الإسلامية للخفيف ص ٢٢.

٢ - المدخل لدراسة الشريعة لزيدان ص ٢٣٧.

يمنع الضوء عن جاره ، فإذا فعل شيئاً مما سبق منع منه وأجبر على تركه ، وإذا ترتب على فعله ضرر ضمنه ، وهذا على رأي مالك ومتأخري الحنفية .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن المالك لا يتقيد انتفاعه بملكه لأجل مصلحة جاره ، لأن مقتضى الملك التام أن يكون للمالك حرية التصرف في ملكه وعلى الوجه الذي يريده ، وبهذا قال الشافعي وأحمد ، واعتمدوا على يقظة ضمير الجار ووازعه الديني والتزاماً بوصايا الشريعة بالجار .

إلا أنه لما ضعف هذا الوازع وقلت المبالاة بحقوق الجار أفتى متأخروا الحنفية بلزوم تقييد تصرف الجار بملكه بما لا يسبب ضرراً فاحشاً بالجار بحيث إذا أخل بهذا الالتزام أجبر عليه قضاء . (١)

■ **هل يصح إنشاء حقوق ارتفاق أخرى؟**

حقوق الارتفاق التي تكلم عنها الفقهاء هي:

حق الشرب ، والمجرى ، والمسيل ، والمرور ، والتعلي ، والجوار ، فإذا وجدت بعض الحقوق الأخرى مع تجدد الزمن وأراد المتعاقدون إدخالها ضمن عقود معاوضاتهم ، وكان العرف يجيز ذلك ، فهل يجوز ، أم أن حقوق الارتفاق انحصرت في الأنواع المذكورة؟ اختلف الفقهاء في هذا؟

ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز إنشاء حقوق ارتفاق أخرى ، وذلك لأمرين :

١ - أنه يتعذر انشاؤها تبرعاً ، لأن تمليك المنافع بغير عوض إعارة ، وهي لا تفيد التزاما فيصح له أن يرجع في إعارته ، مع أن حقوق الارتفاق ثابتة دائمة لا يملك معطيها الرجوع فيها .

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز إنشاء حقوق الارتفاق ، لأن مالك العقار الخادم حر التصرف في تمليك منافع عقاره لشخص آخر ، فكذلك

---

١ - المرجع السابق ص ٢٣٨.

الحكم في تمليك حقوق ارتفاق أخرى لعقار آخر ، وهو العقار المخدوم ، مادام ذلك لا يتعارض مع الشرع ، فإذا ارتضى مالك العقار الخادم انشاء حقوق ارتفاق أخرى على عقاره خدمة لعقار آخر ، وشرط ذلك في العقد ، فالشرط صحيح ، ونافذ ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .[١]

والراجح رأي المالكية ومن معهم لقوة تعليلهم وتوسعتهم على الناس بهذا الرأي وبهذا أخد القانون المدني المصري .

■ **الفرق بين تمليك المنفعة وتمليك الانتفاع:**

١ - حق الإرتفاق يكون مقررا لعقار ، بخلاف حق الانتفاع الشخصي ، فإنه يكون مقرراً لشخص .

فالأرض التي لها حق مرور على أخرى ، ينتفع بهذا الحق كل من يريد الوصول إليها على أنه حق ارتفاق لها ولا ينحصر الانتفاع به على شخص معين .

أما حق الانتفاع الشخصي ، كحق انتفاع الموصى له بمنفعة أرض ، فإنه دائماً حق مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه ، ولا ينتفع به سواه ، وإذا مات انتهى بذلك حقه .

كما أنه من الواضح البين أن حق الارتفاق تزيد به قيمة الأرض المرتفقة إذ به تزداد منفعتها ، فتزداد قيمتها .[٢]

٢ - حق الارتفاق يكون دائماً مقرراً على عقار ولذا تقل به قيمته ، بخلاف حق الانتفاع الشخصي ، فإنه قد يتعلق بعقار كما في وقف العقار ، وقد يتعلق بمنقول كما في إعارة كتاب أو إجارة سيارة .

---

١ - نظرية الحق في الشريعة لطموم ص ٦١.

٢ - المدخل لدراسة الشريعة لزيدان ص ٢٤٩.

٣ - حق الارتفاق حق دائم غير مؤقت ، فلا يزول بتغير مالك العقار أو المرتفق به ، لأنه يتعلق بالعقار أني ذهب فينتفع به كل من يملك العقار المخدوم ويرثه ورثته من بعده وينتفعون به .

كما أن العقار المرتفق به يبقى محملاً بهذا الحق وإن تغير مالكه ، فينتقل إلى الورثة بهذه الصفة ، فلا يستطيعون إزالته أو تغييره أو المعارضة في الانتفاع به .

أما حق الانتفاع الشخصي ، فهو دائماً مؤقت إلى أجل محدود وينتهي بانتهاء هذا الأجل ، كما في الإجارة والإعارة والوصية بالمنافع مدة حياة الموصى له بها . (١)

■ **الفرق بين الملك والإباحة:**

سبق بيان الملك وقلنا أنه أثر من آثاره الحيازة ، وأنه ينتقل من مالك إلى آخر بأي سبب من الأسباب الناقلة له ، وأنه عندما يتحقق الملك يستطيع صاحبه التصرف فيه بأي شيء مالم يوجد مانع .

والإباحة : هي حق يثبت للإنسان أثر الإذنة بأن ينتفع .

فهي إذن باستهلاك الشيء أو باستعماله فقط ، وهي لا تجعله مملوكاً ، بل هي دون التمليك .

فلو أباح إنسان لآخر أن يأكل من طعامه ، لا يملك المباح له شيئاً من الطعام ، ولا يحق له أن يبيع ولا أن يبيح لغيره ، وإنما يحق له أن يأكل فقط ، إذا لا يملك التمليك أو الإباحة إلا المالك ، والمباح له ليس بما لك .

وبهذا يعلم أن الإباحة إنما هي ترخيص وأذن فقط . (٢)

وقد يكون ا لأذن عاماً للجميع فيما هو مخصص للمنافع العامة ،

١- مختصر أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ١٦، الملكية للعبادي ٢٤٢/١، المدخل الفقهي للزرقا ٢٨٥/١.

٢ - مجلة الأحكام العدلية (١٣٩)، المدخل الفهي للزرقا ٢٨٣/١.

كالطرق العامة والأنهار العظام والجسور ونحو ذلك .

وقد يكون الإذن بحكم الشرع كما في قوله ﷺ : «الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار» ، أي شركاء إباحة لا شركة ملك .

فمادام الإذن قائماً فالإباحة قائمة ، فإذا ازال الإذن زالت الإباحة وتلاشى الحق في الانتفاع .[1]

وقد تكون الإباحة سبباً للملك التام ، كالطير في الهواء ، فإن إباحة صيده ، ثم أخذه والسيطرة عليه فيصبح مملوكاً ، ومن ثم تنتهي اباحته ، لأنه صار مملوكاً لصائده ملكية تامة .

وقد تكون سبباً للملك الناقص ، وهو حق الانتفاع ، كما سبق .

ويتفرع على ما سبق أن الانتفاع في عصرنا الحاضر أنواع ثلاثة .[2]

١ - تملك الانتفاع مع بقاء العين ، كتملك الطالب الجلوس في المحاضرة ، فهو يملك الجلوس على الكرسي فقط ، ولا يجوز له استعماله في غير الجلوس مطلقا .

٢- تملك الإنتفاع مه هلاك العين بغير عوض ، كتملك الضيف الطعام الذي يقدم له ، فهو مأذون له في أخذه وأكله في مكان الضيافة فقط ، ولا يجوز له أخذه معه .

٣ - تملك الانتفاع مع هلاك العين بعوض ، مثل الأكل في النفادق والمطاعم في اليوم المفتوح ، فالأكل في هذا اليوم المفتوح كالضيف تماماً إلا أنه يدفع عوضاً .

فالآكل يأخذ الطعام من الموائد الكبيرة المباحة للجميع ليأكله ، فلا يحق لآخر أن يستولي على ما أخذه حتى وإن لم يبق بعد أخذه شيء

---

١ - مختصر أحكام المعاملات للخفيف ص ١٠، المدخل الفقهي للزرقا ١/ ٢٨٤.

٢ - الحق في الشريعة لطموم ومعه الملك ص ٥٧ - ٥٩.

للآخرين ، وهذا النوع من التمليك يرجح أن تمليك الانتفاع تمليك وليس إباحة ، بدليل أخذ العوض على هذا النوع من تمليك الإنتفاع .

والتفريق السابق بين الإباحة والملك يشبه ، إلى حد ما ، ما عرفه الفقه الغربي من فرق بين الحق والرخصة ، فالمقصود من الرخصة اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة ، فالشخص له في حدود القانون حرية العمل والتملك والتنقل ، فحرية التملك ، مثلاً ، رخصة أما الملكية نفسها فحق ويبين القانونيون بهذا الصدد أن الفقه الغربي عرف بعد تطور طويل منزلة وسطى بين الحق والرخصة ، هي فوق الرخصة ، وادنى من الحق ، وذلك كما في حق الشخص أن يمتلك عيناً معينة[1] .

وقد أشار بعض الفقهاء إلى أن الفقه الإسلامي يعرف هذه الفروق [2] .

والذي يلحظ في هذا المجال أن الاباحة العامة تثبت حقاً للمباح له في الانتفاع أو التملك ، فهي اباحة من جهة الشارع ، لكنها ، تثبت للمباح له حقاً لا يجوز أن يمنع منه ، فهي رخصة واباحة من جهة الشارع ، لكنها اثبتت من جهة المباح له (المكلف أو العبد) حقاً في الانتفاع أو التملك ، وهذا غير حق ملك المنفعة أو العين .

كما أن الشريعة قد تمنح شخصاً معيناً الحق في تملك عين معينة ، كما في الشفعة ، فيكون له الحق في تملك هذه العين ، وهو غير حق ملكها ، فنحن في جميع الأحوال أمام حقوق ، ولكن محالها وموضوعاتها تختلف من حق لآخر ، فهي في الاباحة العامة : الحق في الانتفاع أو التملك من المباح العام ، وهي في الشفعة : الحق في تملك عين معينة ، وهي في الملك : حق ملك عين أو منفعة معينة .

---

١ - الملكية للعبادي ١/١٥٥ - ١٦٠.

٢ - أنظر، بالتفصيل، مصادر الحق للسنهوري: ج١ ص ٩ - ٣١.

هذا وقد جاء في الفروق للقرافي : اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضي الله عنهم ، أطلقوا عبارتهم ، بقولهم من ملك أن يملك . . . هل يعد مالكاً أم لا؟؟ قولان ، وليس الأمر كذلك ، بل القاعدة باطلة . . . وبيان بطلانها ان الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكاً ، الآن قبل شرائها ، حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجري في وجوب الصداق والنفقة عليه . . . قولان ، قبل أن يخطب المرأة ، لأنه ملك أن يملك عصمتها؟

والإنسان مالك أن يملك خادماً أو دابة ، فهل يقول أحد أنه يعد الآن مالكاً لهما تجب عليه كلفتهما ومؤونتهما ، على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة؟ بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه ، بل هذا كله باطل ، بالضرورة ، ونظائر هذه الفروع كثيرة لا تعد ولا تحصى ، ولا يمكن أن تجعل هذه من قواعد الشريعة البتة) .

ثم قال (بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجري فيها الخلاف ، في بعض فروعها لا في كلها : أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك؟ قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع) ، ثم ذكر بعد ذلك عدة مسائل منها .

١ - (الشريك في الشفعة ، اذا باع شريكه . . . تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يتملك الشخص المبيع بالشفعة ، ولم أر خلافاً في أنه غير مالك) .

٢ - (الفقير ، وغيره من المسلمين ، له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره ، أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق كالجهاد والقضاء والفتيا . . وغير ذلك مما شأن الإنسان أن يعطى لأجله ، فاذا سرق هل يعد كالمالك ، فلا يجب عليه الحد لوجود

سبب المطالبة بالتمليك ، أو يجب عليه القطع ، لأنه لا يعد مالكا؟ ، وهو المشهور) .

ثم قال : (فهذه القاعدة ، على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التمليك ، في تمشيتها عسر لأجل كثرة النقوض عليها ، أما هذا المفهوم وهو قولنا : من ملك أن يملك مطلقاً ، من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتمليك ، ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهر البطلان لضعف المناسبة جداً ، أو لعدمها البتة ، أما اذا قلنا : انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك ، فهو مناسب ، لأن يعد مالكاً .

تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب ، واقامة للسبب البعيد ، مقام السبب القريب ، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه في الشريعة ، أما مجرد ما ذكروه فليس فيه إلا مجرد الإمكان والقبول للملك ، وذلك في غاية البعد عن المناسبة ، فلا يمكن جعله قاعدة [1] .

والواقع أن القاعدة التي اقترحها القرافي ، لتحل محل القاعدة التي قال بها جماعة من مشايخ مذهبه ، لا تستقيم أيضاً .

ويلاحظ أن القرافى يضعها وهو متردد ، مشيراً إلى كثرة النقوض عليها ، وكل ما في الأمر عنده ، أنها متخيلة الوقوع في الشريعة ، لأن من انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك مناسب لأن يعد مالكاً . . . تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب ، وأما الفروع الفقهية التي ذكرها فهي لا تتخرج على هذه القاعدة ، وإنما هي فروع فقهية اختلف فيها الفقهاء : هل هي من قبيل حق الملك ، أو حق التملك؟ بدليل أنه ذكر في مسألة الشفعة ، وهي من

---

١ - الفروق: جـ ٣ ص ٢٠ - ٢١، تهذيبه جـ ٣ ص ٣٤ - ٣٥.

أوضح الصور التطبيقية للقاعدة التي اقترحها : انه لم ير خلافاً في أن الشفيع غير مالك .

وأما الصور التي نقل فيها الخلاف ، فالواقع أنه قائم على أساس : هل الحق فيها حق مالك ، أم حق تملك؟ ، فالنسبة لمسألة بيت المال : اعتبر بعض الفقهاء الفقراء وغيرهم ، ممن لهم حقوق في بيت المال ، ملاكاً لنصيبهم المستحق في بيت المال . . لا على التعيين ، وهذه شبهة كافية في اسقاط الحد عنهم ، وبعضهم لم يعتبر الفقراء كذلك ، بل ليس لهم إلا حق تملك . . . لما قام فيهم من سبب يقتضي استحقاقهم لنصيب معين من بيت المال ، وعليه فاذا سرقوا يقام عليهم الحد .

وقد ذكر ابن رجب في قواعده عدداً من الصور التي اختلف الفقهاء فيها : هل يثبت فيها حق الملك أم حق التملك؟ (1)

وهكذا يتضح أنه إذا كانت حرية التملك والتنقل وغيرها تعتبر اباحة أو رخصة من جهة الشارع ، فإنها تعتبر من جهة العبد ، حقاً ثابتاً له في التملك والتنقل وليس رخصة ، فلا يجوز منعه منها ، ولا التعرض له فيها ، وهذا هو أساس معنى الحق .

وما سمي بالمنزلة الوسطى بين الحق والرخصة - كما في الشفعة - فهو أيضاً حق ، ولا يقع بمنزلة وسطى بين الرخصة والحق كما يقولون ، انما محله يختلف عن محل الملك ، كما أشرت سابقاً . (2)

- وقد يختلف الفقهاء في بعض الصور : هل هي من قبل الإباحة أم التمليك؟ .

فهم مثلاً قد اختلفوا في الضيافة ، هل هي اباحة أم تمليك؟

---

١ - أنظر القواعد لابن رجب: ص ١٨٨ - ١٩١.

٢ - قارن مصادر الحق في الفقه الاسلامي: جـ ١ ص ٩ - ١٣.

أ) فذهب الحنفية ، والقفال من الشافعية ، إلى أن الضياف اباحة وليست تمليكاً ، فالضيف انما يبتلع الطعام على ملك المبيح [1] ، فيكون الأكل اتلافاً جرى على طريق العادة باباحة المالك .

ب) وذهب جمهور الشافعية إلى أن الضيافة تملك ، لأنها بالتقديم الحقت بالمباحات ، والمباحات تملك بالاستيلاء ، ولكنهم اختلفوا في هل يملك الطعام بالأخذ من قبل الضيف ، أم بالوضع بالفم ، أم بالازدراد يتبين أنه ملك قبله؟!! وقد رجح كثير من الشافعية الوجه الأخير . [2]

جـ) أما عند المالكية ، فقد ذهب القرافي إلى أن الضيافات اباحات لا تمليك فيها ، كما اباح الله السمك في الماء ، والطير في الهواء ، والحشيش والصيد في الفلاة لمن أراد تناوله ، ولا يقال أن هذه الأمور مملوكة للناس ، كذلك الضيف جعل له أن يأكل ، إن أراد ، أو يترك . . . فهو لا يتمكن من المعاوضة على ما قدم له ، ولا يمكنه اطعام غيره منه .

والقول بأنه يملك مشكل ، فإن الملك لابد فيه من سلطان التصرف من حيث الجملة ، وبعد أن بلع الطعام كيف يبقى سلطان بعد ذلك على الانتفاع بتلك الأعيان؟ ، لأنها فسدت عادة ، ولم تبق مقصودة البتة ، فالحق اذن أنها اباحات لا تمليكات .

وقد ناقش ابن الشاط القرافي فيما ذهب إليه ، مقرراً أن الضيافة تمليك للانتفاع بالأكل خاصة ، وذلك لأن مقدم الضيافة قد مكنه من الانتفاع بأكلها ، فالضيافة ونحوها من كل ما فيه الاذن بالانتفاع فقط : كالسمك

١- أنظر التوضيح: جـ ٢ ص ٩، التلويح جـ ١ ص ٣٠٧، أنظر حاشية ابن عابدين: جـ ٥ ص ٧١٠، وتكملتها: جـ ٨ ص ٤٩٩ - ٥٠٠.

٢ - أنظر طبقات الشافعية الكبرى: جـ ٥ ص ١٠٨، حاشية قليوبي: جـ ٣ ص ١١٠.

في الماء ، والطير في الهواء ، والحشيش والصيد في الفلاة ، وبيوت المدارس والأوقاف والربط . . . يملكها من سوغت له بالتناول ، فالاباحات أسباب للملك ، لأن اباحة التناول هو تمكنه شرعاً من التناول ، فهو سبب ملكها ، والملك لابد فيه من سلطان الانتفاع لا التصرف ، فالمحجور عليهم لا يتصرفون مع أنهم يملكون ، فغير صحيح أن نقول : انه لابد في الملك من سلطان التصرف .

فإذا تناول الضيف مثلاً لقمة من الضيافة لا يجوز لغيره انتزاعها من يده ، فان ابتلعها ، فقد كان سبق ملكه لها قبل البلع ، وإن لم يبتلعها ، ونبذها من يده ، فقدت عادت إلى ملك صاحبها ، وجاز لغيره تناولها ، لأن صاحبها لم يمكنه منها إلا ليأكلها ، فلما لم يأكلها بقيت على ملك صاحبها [١]

مما مر . . يظهر أن القرافي يعتبر الضيافة اباحة ، وأن الطعام يتلف على ملك المبيح ، وهو بذلك يوافق الرأي الأول في حين يذهب ابن الشاط إلى أن الضيافة تمليك ، وبذلك يوافق الرأي الثاني .

■ التملك والإباحة:

التملك: هو مجرد الإمكان والصلاحية للملك شرعاً ، وهو أمر مباح .

والمباح: هو ما خير فيه الشخص بين الفعل والترك ، ويسمى في القانون الوضعي رخصة .

فالمباح والتملك كلاهما حق ليس له محل معين ، ولو في الجملة يتعلق به ، وذلك لعدم وجود سبب من أسباب التملك بمحل معين يوجبه ويثبته فيه ، وفي الوقت نفسه هو صالح لانتقاله وترقيه إلى حق

---

١ - الملكية للعبادى ١/ ١٦٠ .

آخر أقوى منه ، وذلك عند وجود سبب من أسباب الملك يوجبه ويثبته في شيء معين .

والتملك والمباح كلاهما من الحقوق المجردة الضعيفة ، التي لا تترقى ولا تنتقل إلى غيرها من الحقوق التي هي في مستوى أعلى بالقول الصادر من صاحبه ، تعبيراً عن ارادته وحده .

وأمثلة ذلك :

١ - التملك عن طريق التراضي - كما في العقود - نجد أن من له حق تملك العقار أو المنقول المملوك للغير - قبل التعاقد - كان حقه حق تملك فقط ، وهو حق مباح ، وهذا الحق لا يفيد ملكاً للعقار أو المنقول مطلقاً ولا ملكاً في الجملة ، ولذلك لا يتعارض حق التملك مع حق ملك العقار أو المنقول ، ويستمر الحق المباح في التملك إلى أن يصدر من مالك العقار أو المنقول ايجاب بالبيع لصاحب الحق المباح أو حق التملك ، فإن صدر منه ايجاب بالبيع ترقى حق التملك إلى مرحلة أخرى وسط بين التملك والملك ، وتسمى هذه المرحلة الوسط : بالحق الواجب أو الحق الثابت ، وبذلك أصبح له مركز أقوى من حق التملك ، ولكنه لم يصل حقه إلى حق ملك ولو في الجملة .

فاذا صدر في المجلس قبول ممن كان له حق التملك تم العقد وانعقد ، وترقى الحق الثابت إلى حق ملك ، وأصبح مالكاً للمبيع .

فنجد أن من كان له حق تملك قد ترقى حقه إلى حق ثابت ، ثم ترقى إلى حق ملك ، وهذا اذا كان انتقال الملك عن طريق التراضي من المالك .

أما إذا كان الوصول إلى الملك عن طريق آخر غير التراضي ، بأن كان عن طريق الاجبار ، مثل : الشفعة في حال السلم ، فحق التملك موجود أيضاً إذا وجد سبب استحقاقه ، ولتوضيح ذلك أقول :

التملك في الشفعة هو حق الشفيع قبل بيع الشريك حصته في العقار ، وذلك باعتبار أن الشفيع شريك في العقار ، وربما يتضرر عند بيع شريكه حصته في العقار لغيره ، ولذلك اثبت الشرع للشفيع حق تملك على حصة شريكه .

وحق التملك للشفيع لم يتعلق بعين جزء العقار المملوك للغير ، بحيث يعطى له حق المطالبة به قبل البيع ، لأن هذا الحق هو مجرد جواز التملك عند التصرف فيه تصرفاً لازماً ، لأن حق التملك حق ضعيف ، لا يخرج عن كونه مجرد حق فقط .

كما أن حق التملك في الشفعة لا يثبت لصاحبه أدنى سلطة على جزء العقار المشفوع فيه ، المملوك لشريكه ، ولا يملك صاحب حق التملك بارادته وحده أن يترقى به إلى حق ملك أوحق وسط ، بل ربما لا يثبت له حق الشفعة مطلقاً ، وذلك لعدم ارادة الشريك في العقار بيع حصته أو التصرف فيها تصرفاً لازماً ما يؤدي لثبوت حق الشفعة للشفيع ، فيبقى حق التملك متوقفاً عند الحق المباح فقط ، ولا يترقى إلى الحق الوسط .

وسبب ثبوت حق الشفعة للشفيع : هو اتصال ملكه بملك الغير في العقار اتصال تأبيد وقرار ، فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال ، اعتبارا بمورد الشرع ، وانما قام الاتصال بهذه الصفة سبباً في ثبوت حق الشفعة ، وذلك لدفع ضرر الجوار [1] .

وكذلك الانسان يملك أن يشتري اقاربه ، فهل يعده أحد من الفقهاء

١- راجع الهداية ٤ / ٢٤-٢٦ .

مالكا لقريبه ، فيعتقه عليه قبل شرائه على أحد القولين في هذه القاعدة على زعم من اعتقدها؟

بل هذا كله باطل بالضرورة ، ونظائر هذه الفروع كثيرة لا تعد ولا تحصى ، ولا يمكن أن نجعل هذه من قواعد الشريعة البتة ، بل القاعدة التي يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجري فيه الخلاف في بعض فروعها لا في كلها :

أن من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك ، هل يعطي حكم من ملك؟ قد يختلف في هذا الاصل في بعض الفروع ، ولذلك مسائل . . . .) [1] .

٢ - ومن أمثلة حق التملك في الكويت : حق الشخص الكويتي في شراء عقار في الكويت ، فهو حق تملك له ، يجيز له تملك العقار إن أراد ، وذلك لعدم وجود مانع من أن يكون مالكا ، بخلاف الجنسيات الأخرى ممن يمنع القانون الكويتي تملكهم للعقار ، فهؤلاء ليس لهم حق تملك العقار ، لأن القانون الكويتي يمنعهم من تملك العقار .

٣ - مثال آخر : وهو أسهم الشركات المساهمة الكويتية ، التي حدد لشرائها قدر معين من الأسهم ، لا يجوز الزيادة عليها . فهذا القدر المحدد يجوز للكويتي أن يتملكه ، وله فيه حق التملك ، وليس له حق تملك فيما زاد على القدر المحدد من الأسهم حسب قانون الشركة وشروطها ، فلا يباح للكويتي أن يتملك أكثر من قدر الأسهم المحدد .

وحق التملك هذا لا يجوز بيعه ، لأنه بيع لحق مجرد ضعيف ، لا

---

١ - الفرق الحادي والعشرون والمائة، كتاب الفروق للقرافي جـ ٣/ ٢٠.

يستعاض عنه بمال ، لأن حق التملك ليس ملكا ، وانما هو مجرد جواز استعمال هذا الحق عند ارادة شراء هذه الاسهم ، فإذا لم يرد صاحب الحق تملكها ، حيث لا يرغب في استعمال حقه في شراء هذه الأسهم سقط حقه ، فإذا باعه لآخر فهو بيع غير صحيح .

يضاف إلى ذلك أن بيع صاحب الحق في تملك الأسهم حقه في تملكها يضر بمصالح هذه الشركة ، ويفسد نظامها وهدفها من تحديد قدر الأسهم المصرح بتملكها .

وكذلك حق تملك العقار للكويتي لا يجوز بيعه أو التنازل عنه لمن ليس له حق تملك العقار ، لأنه حق ضعيف ، فلا يجوز أخذ العوض عنه ، ولأن هذا يضر بمصلحة الدولة ونظامها .

هذا كله في الأموال المملوكة للغير .

أما غير المملوك للغير ، مثل : الطير في الهواء ، والسمك في مياه الأنهار والبحار ، والنبات والأشجار في الصحارى والغابات ، وكذلك الحيوانات البرية ، فإنه يجوز لكل شخص أن يسعى لتملكها ، وذلك بالوسائل المشروعة ، لأن الجميع لهم حق تملك على هذه الأشياء وأمثالها ، وكل واحد صالح لأن يكون مالكا لها ، وذلك بحيازتها ووضع يده عليها .

فحق التملك مستمر في هذه الأشياء المباحة إلى أن يوجد أحد الأشخاص سببا من أسباب الملك ، ففي هذه الحالة يترقى حقه في التملك حتى يصير مالكا (إلى حق وسط) .

الملك والاختصاص:

عرّف ابن رجب حق الاختصاص بقوله [1] : «هو عبارة عما يختص

---

١ - قواعد ابن ص ١٩٢.

مستحقه بالانتفاع به ، ولا يملك أحد مزاحمته ، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات» .

ومعنى غير قابل للشمول ، أي شمول جميع صنوف الانتفاع .

وذكر الفقهاء أمثلة متعددة للاختصاص منها :

١ - عند المالكية [١] : (الاختصاص يكون بالمنافع ، كالاقطاع والسبق والمباحات ، ومقاعد الأسواق ، والمساجد ، ومواضع النسك ، كالمطاف والمسعى وعرفة والمزدلفة ومنى ورمى الجمار ، والمدارس ، والربط ، والاوقاف) .

٢ - وعند الشافعية [٢] : (الاختصاص بإحياء الموات بالتحجر والاقطاع ، وبالسبق إلى مقاعد الأسواق ، والمساجد ، والمدارس ، والربط ، والاوقاف ، ومواقع النسك) وأعتبر الشافعية قول رسول الله ﷺ - : (من سبق إلى ما لم يسبق به مسلم فهو له) أخرجه أبو داود والبيهقى [٣] .

وذكر بعضهم أن الإختصاص ضربان : اختصاص فيما لا يقبل الملك ، كالجلد النجس قبل الدباغ ، والكلاب ونحوها .

وثانيهما : اختصاص فيما يقبل الملك كالاختصاص في إحياء الموات بالتحجر [٤] .

٣ - وعند الحنابلة : أن حق الاختصاص يثبت في الكلب المباح اقتناؤه ، كالمعلم لمن يصطاد به ، وأما مالا يصطاد به أو يحتاج إلى تعليم : ففيه وجهان عندهم .

---

١ - الذخيرة ١٣٠/١.

٢ - قواعد الأحكام ٨٦/٢.

٣ - سنن ابي داود ١٥٨/٢، سنن البيهقى ١٣٩/١٠.

وذهبوا إلى أن مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز فيها البيع والشراء كالدكالين المباحة ونحوها ، فالسابق إليها أحق بها [1] .

- وأما الحنفية فإنهم لا يستعملون لفظ حق الاختصاص ، وإنما يستعملون لفظ حق ، ويفرقون بينه وبين الملك .

فلو حجر الأرض لا يملكها بالاجماع ، لأن الموات يملك بالاحياء ، والتحجر عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجر غيره من الاستيلاء عليها ، وشيء من ذلك ليس بإحياء فلا يملكها ، ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يمكن لغيره أن يزعجه ، لأنه سبقت يده إليه ، والسبق من أسباب الترجيح في الجملة . [2]

والواقع أن المسيمات واحدة ، إلى حدما ، وإن اختلفت الأسماء ، فالمالكية والحنبلية والشافعية والامامية يستعملون اختصاص أو حق اختصاص ، بينما يستعمل الحنفية والزيدية لفظ حق .

ويبدو أن الذي دعا الفقهاء للتفريق بين الملك والاختصاص أو الملك والحق ، هو أنه قد تقوم علاقة بين انسان وشيء معين . . . بحيث يختص بهذا الشيء ، ولكن اختصاصه بهذا الشيء لا يطلق له حرية التصرف والانتفاع ، كما في الملك ، مما أوجب التفريق بين نوعين من الاختصاص :

- اختصاص الملك الذي يقتضي التصرف الكامل ، كما مر في تعريف الملك .

- واختصاص لا يقتضي التصرف الكامل ، فسماه بعض الفقهاء «حقا» ابقاء له على أصل تسميته ، لأنه حق من الحقوق ، وسماه آخرون «إختصاصا» تمييزا له على غيره من الحقوق . . . فما سمي اختصاصا

١- قواعد ابن رجب ص ١٩٢ - ١٩٣ .

٢- البدائع ٦ / ١٩٥ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٤٣٣ .

يميزه عن الملك أن صاحبه لا يتصرف فيما اختص به تصرفا كاملا ، فقد لاحظنا أن الفقهاء يكاد ينعقد اجماعهم على عدم جواز بيع ما يسمى حقاً أو إختصاصا ، في حين يجوز ذلك بالنسبة للملك .

- والفقهاء قد يختلفون في بعض الأشياء ، هل تعتبر من قبيل الملك أو الاختصاص . (باصطلاح الجمهور) والحق (باصطلاح الحنفية والزيدية)؟

فالحنفية ، مثلا ، يعتبرون الكلب ، مطلقا ، مالا مملوكا ، لذلك يجوز بيعه [١] .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكلب الذي يجوز اقتناؤه يثبت لصاحبه اختصاص به ، ولا يجوز له بيعه [٢] .

وذهب الإباضيه والامامية وعطاء والنخعي إلى أن الذي يجوز اقتناؤه يجوز يبيعه وتجب القيمة على متلفه [٣] ، فهو ملك له ، واعتبر ابن حزم الكلب المباح مالا يحل تملكه ، وإن كان لا يجوز بيعه [٤] .

ويلاحظ أن الاختصاص ، عند الجمهور ، يثبت عندما يكون للشخص وجه من وجوه الانتفاع بشيء ولو مآلا ، فالكلب قد يقتني لصيد أو حراسة . . . وجلد الميتة يطهر بالدبغ ، وعندها يجوز الانتفاع به ، فيكون لأصحابها حق الاختصاص بها فقط .

فحق الاختصاص يكون :

١ - في الاشياء التي اجازت الشريعة الانتفاع بها مآلا . كما في جلد الميتة قبل أن يطهر بالدبغ .

٢ - والأشياء التي أجازت الشريعة الانتفاع بها بشكل محدود ، كما

---

١ - البدائع (جـ ٥ ص ١٤٣).

٢ - أنظر حاشية الدسوقي: جـ ص ٣ / ١١.

٣ - نيل الأوطار: جـ ص ٥ /١٦٣، شرائع الاسلام: ١ ص ١٦٤، شرح النيل: جـ ٤ ص ١٣ - ١٤.

٤ - المحلى: جـ ١٠ ص ٢٩٦، ج ـ ٩ ص ٦١٧ وما بعدها.

في مرافق الاسواق .

فالاختصاص يختلف عن الملك من ناحية الموضوع والأثر والثمرة ، ومن ناحية المحل .

فمن ناحية الموضوع والأثر والثمرة ، لا يجوز لصاحب الاختصاص التصرف في محله بالبيع ، بينما يجوز ذلك في الملك .

ومن ناحية المحل ، فمحل حق الاختصاص .

- الأشياء المحرمة والنجسة إذا جاز الانتفاع بها بشكل محدود أوجاز الانتفاع بها مآلا .

- منافع الاسواق والطرق والمساجد أي المرافق العامة .

- الاراضي الموات بالتحجير مقدمة للاحياء .

أما الملك فمحله جميع الأشياء التي جاز الإنتفاع بها شرعا ، وثبت للشخص عليها الحق في التصرف والانتفاع الكامل .

المبحث الثالث

في

أقسام الملك باعتبار صاحبه

ينقسم الملك باعتبار صاحبه إلى :

١ - الملكية الخاصة : وهي التي تكون لصاحب خاص ، فردا كان أو متعددا ، وله الاستئثار بمنافعها والتصرف في محلها ، ما لم توجد ضرورة وحالة استثنائية ، وسواء كان هذا الملك متميزا أم شائعا (١) .

٢ - الملكية الجماعية : وهي ما كانت لمجموع أفراد الأمة أو الناس جميعا ، أو ما كانت لجماعة من الجمعات التي تتكون منها الأمة وتوصف أنها جماعة ، كالأنهار والطرق وأفنية المدن والحصون ، قال أبو يوسف : (الفرات ودجلة المسلمين فيهم شركاء) (٢) .

٣ - ملكية الدولة : وهي تتكون من تملك الدولة أو بيت مال المسلمين المال . وتكتسب الدولة ملكها بالطرق المقررة لها شرعا وهي : الإغتنام بأنواعه والشراء ونحوه ، وأيلولة التركات التي لا وارث لها والزكوات ، العشور ، واللقطات التي لايعرف صاحبها ، والركاز والجزية (٣) .

---

١ - الأموال لأبي عبيد ص ٣١٢، ٣٢٢، ٨٦٢.

٢ - الخراج لأبي يوسف ص ٩٧، ٩٨، الأموال الأبي عبيد ص ٢٦٨ وما بعدها.

٣ - الأحكام السلطانية ص ٢١٣، ٢١٥، الأموال ص ٣١٩، الخراج لأبى يوسف ص ٢١، ١٤٥، ١٤٧.

المبحث الرابع
في
أقسام الملك باعتبار صورته

وتنقسم الملكية من حيث صورتها إلى :

ملكية متميزة وملكية شائعة ، وسأبين ذلك كما يلي :

١ - الملكية المفرزة : وهي ما كان موضوعها ، أو محلها معينا ، أو هي ما تعلقت بشيء معين غير مختلط بغيره ذى حدود تفصله عن سواه ، وذلك كأن يملك إنسان رأسا من الغنم ، أو كتابا او دارا ، أو طابقا معينا من دار ذات طوابق ، أو قطعة أرض محددة ، ونحو ذلك [١] .

ب - الملكية الشائعة : وقبل أن نعرف بها يجد ر بنا أن نوضح الشيوع في اللغة .

الشيوع في اللغة : يقال : شاع الشيب شيعا ، وشيعانا ، وشيوعا ، وشيعوعة ، ومشيعا ، ظهر وتفرق ، والمصدر ما تقدم : وشاع الخير في الناس يشيع شيعاً وشيعاناً ومشاعاً ، وشيعوعة ، فهو شائع : انتشر وافترق وذاع وظهر .

وأشاعه هو، وأشاع ذكر الشيء: أطاره وأظهره ، وقولهم : هذا خير شائع ، وقد شاع في الناس معناه : قد اتصل بكل أحد ، فاستوى علم الناس به ويقال : نيصب فلان شائع في هذه الدار ، ومشاع فيها أي ليس بمقسوم ولا معزول .

قال الأزهري: إذا كان في جميع الدار فاتصل كل جزء منه بكل جزء

---

١ - المدخل الفقهي العام للزرقا ٢١٦/١، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي للدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٤٠١.

منها ، قال : وأصل هذا من الناقة إذا قطعت بولها ، قيل أو زغت به ازاغا ، وإذا أرسلته إرسالاً متصلاً قيل : أشاعت ، وسهم شائع أي غير مقوم ، وشاع أيضاً ، كما يقال سائر اليوم وساره ، وما في هذه الدار سهم شائع ، وشاع مقولب عنه ، أي مشتهر ، منتشر ، ورجل مشياع أي مذياع لا يكتم سراً ، ونصيبه في الشيء شائع وشاع ، على القلب والحذف ومشاع كل ذلك غير معزول .

وقال أبو سعيد: هما متشايعان ومشتاعان في دار أو أرض إذا كانا شريكين فيها ، وهم شيعاء فيها ، وكل واحد منهم شيع لصحابه ، وجاءت الخيل شوائع وشواعى على القلب أي متفرقة .[1]

وعلى ذلك: يكون الملك الشائع أو المشاع : هو ذلك الجزء من المال غير المحدد في الملك المشترك ، ويترتب على هذا أن الأملاك تختلط ببعضها وتشيَّع في كل المال دون أن يتعلق كل منها بجزء معين محدد ، كقطعة أرض ورثها عدد من الأفراد من مورثهم أو عين منتفع بها بطريق الإيجار مات عنها مورثهم ولم تنته مدة الايجار بعد .

تعريف الملكية الشائعة : ورد في المدخل الفقهي العام للزرقا [2] : أن الملك الشائع أو المشاع .

هو: المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً .

وعرفها الدكتور محمد مصطفى شلبي [3] بقوله : «الملك الشائع أو المشاع هو : الذي يكون متعلقاً بجزء غير معين من شيء كربع معين دار ونصف حيوان .

---

١ - لسان العرب ٢٣٧٨/٣، معجم اللغة ٢٣٥/٣ . ٢٣٦، المصباح المنير ص ٣٢٩، مختار الصحاح ٣٥٣-٣٥٤

٢- المدخل الفقهي للزرقا ٣٦٢/١.

٣ - المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ص ٤٠١، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ٣١/١.

وعرفت المادة (١٣٨) من مجلة الأحكام الشرعية المشاع بأنه: ما يحتوي على حصص شائعة كالنصف ، والربع والسدس والعشر ، وغير ذلك من الحصص السارية إلى كل جزء من أجزاء المال منقولاً كان أو غير منقول .

وقد سميت الحصة السارية في المال المشترك شائعة لعدم تعينها في أي قسم من أقسام المال المذكور .

وعرفت المادة (١٣٩) من المجلة المذكورة الحصة بأنها : السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك ، كما لو كانت دارا مشتركة بين ثلاثة أشخاص بالتساوي ، فيكون كل ما فيها من غرف وأخشاب وحجارة ومسامير مشتركاً بين الثلاثة لكل واحد منهم ثلثه ، وعلى هذا فالحصة السارية هي الحصة الشائعة أو المشاعة ومجموع الحصص المشتركة لا يعد مشاعاً ، فالمزرعة المشتركة من حيث كل حصة على حدتها مشاعة ، ومن حيث المجموع غير مشاعة [1] .

ونصف المادة (١٢) من مرشد الحيران على الملكية الشائعة ، وحقوق الشركاء فيها فقالت : إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فلكل واحد من الشركاء الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفا لا يضر بغيره ، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير أذن الشريك .

المقارنة بين الملكية المفرزة والملكية الشائعة.

١ - الملكية المفرزة : ملكية معينة ومحددة بحدود تفصلها وتميزها عن غيرها من الملكيات الاخرى .

١ - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية ١/ ١٠٣.

أما الملكية الشائعة: فهي ما كانت متعلقة بجزء نسبة غير معين وغير محدد ويكون كل جزء من المال فيها مشتركا بين الملاك مهما كان صغيرا ، فكل واحد منهم يتعلق ملكه بهذا الجزء ، فإذا كانت الدار مشتركة بين ثلاثة اشخاص على السواء ، لكل واحد منهم ثلث ، اي جزء منها خشبا كان او حديدا او حجرا غير متميز عن الآخر [1] .

٢ - الملك في الملكية المفرزة لصاحبه وحده دون غيره ينتفع به على أي وجه من وجوه الانتفاع .

أو يتصرف فيه بارادته المنفردة التصرف الجائز له أو الذي يراه ملائما له من بيع ، أو إجارة او هبة أو غيره من التصرفات التي يراه في صالحه دون التوقف على ارداة الغير .

أما الملك في الملكية الشائعة فإنه يتعدد بتعدد الشركاء ، ولذا فإن انتفاع اي شريك بهذا المال أو ببعضه وأن قل يكون انتفاعا بما هو مملوك له ولغيره ، وهذا يعني أن ذلك الانتفاع يتضمن الانتفاع بملك الشركاء الآخرين ، وكذلك في حالة تصرف أي شريك في هذا المال المشترك قبل قسمته ، فإنه يكون تصرفا منصبا على ملكه وعلى غير ملكه [2] ، فهو لا يجوز بغير رضا شركائه .

ولهذا فإن المادة (١٢) من مرشد الحيران قيدت التصرفات في الملكية الشائعة بعدم الضرر للغير .

٤ - الشيوع حالة وقتية ، فيجوز طلب الافراز في كل وقت ، لأن الانسان لا يجبر على البقاء شريكا الا إذا تعهد جميع الشركاء بتأجيل القسمة إلى زمن معين ، فلا يجبر أحد عليها قبل حلول

---

١ - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٤٠٢.

٢ - ملخص دروس في الشريعة الاسلامية للشيخ أحمد ابراهيم ص ١٦٨ . ١٦٩.

الاجل بخلاف الافراز في الملكية المحددة ، فهو الأصل أي أن الاصل في الملكية أن يملك كل واحد ملكية مفرزة ، والشيوع طارىء على الأصل [1] ، وإن كان هذا لايمنع من تحويل المفرز إلى مشاع ، كما اذا باع شخص قطعة ارض لشخصين بعقد واحد ، لكل واحد منهما نصف هذه الارض ، فإن كل واحد منهما يملك نصف هذه الأرض على الشيوع .

٤ - إذا احتاج المال العام المشاع إلى اصلاح فإصلاحه على الشركاء بقدر حصصهم ، فإذا إمتنع بعضهم عن اصلاحه كان للآخرين رفع الأمر للقضاء ليأمر الممتنع بدفع ما عليه ، فإذا قام أحدهم بالاصلاح دون الاذن من الآخرين أو القاضي ، كان متبارعا فلا يرجع عليهم بشيء بخلاف الملكية المفرزة فإصلاحها على صاحبها [2] .

---

١ - المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي للدكتور الشلبي ص ٤٠١ . ٤٠٢ .

٢ - فتح القدير ٤٣٦/٩/٤٣٧ .

المبحث الخامس
في
الشركة وأثرها في نشأة الشيوع

● **تمهيد: ويتضمن:**

١ - أنواع الشركات:

الشركة بمعناه العام تشمل معظم الفقهاء نوعين هما :
شركة الملك ، شركة العقد . (١)

وعد بعض الفقهاء اشتراك الناس في الأشياء العامة نوعا من الشركة ، هو شركة الاباحة .

وهذا ما رجحه الشيخ علي الخفيف ، وأخذ به الدكتور الخياط ، واستدلا بقوله تعالى : ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾(٢) فالآية وأمثالها يحتج بها على أن الأشياء على الاباحة مما لا يحظره العقل .

وقوله ﷺ : «المسلمون شركاء في ثلاث : في الكلأ ، والماء ، والنار»(٣) ، فدل الحديث على اشتراك المسلمين في هذه الثلاثة ، وهي مباحة فكانت شركة .

ويرد على ذلك:

بأن الآية غير قاطعة في الدلالة على الإشتراك في ما خلق ، وكذلك الحديث لا يدل على الإشتراك في المباح شركة يمكن أن تتميز بالقواعد

---

١ - شرح منتهى الارادات ٣١٩/٢، المبدع في شرح المقنع ٣/٥، البناية في شرح الهداية ٧٤/٦، شرح الخرشي ٣٨/٥.

٢ - الآية رقم (٢٩) من سورة البقرة.

٣ - تفسير القرطبي ٢٥١/١، وأحكام القرآن للطبري ٢٧/١، سنن أبي داود ٢٤٩/٢، أبن ماجه ٨٢٦/٢.

التي تطبق على الشركة من حيث الإبتداء أو الإنتهاء ودل على ذلك ما قاله صاحب التعليق على سنن ابن ماجه حيث قال : وظاهر الحديث أن هذه الأمور الثلاث ، لا تملك ولا يصح بيعها مطلقاً . [1]

وذكر صاحب نيل الأوطار [2] أثناء تعليقه على هذا الحديث : أن الماء على أضرب : حق إجماعا كالأنهار غير المستخرجة والسيول ، وملك إجماعا ، كماء يحرز في الجرار ونحوها ، ومختلف فيه كماء الآبار والعيون والقناة المحتفرة في الملك ، ثم قال ومن لازم الضرب الثاني الأختصاص وعدم الإشتراك بين غير منحصرين كما يقضي به الحديث .

ولهذا فأنا أميل إلى ما قاله جمهور الفقهاء من أن الشركة في الفقه الإسلامي بمعناها السابق كما ذكرت في التعريفات السابقة تنحصر في نوعين هما :

شركة الملك ، وشركة العقد ، أما حق الناس في الانتفاع بالمباح لا يصدق عليه مفهوم الشركة السابقة لأن من لهم الحق في الانتفاع في المباح غير محصورين ، والقدر الذي يباح لكل فرد الإنتفاع به غير معلوم ، ولهذا لا يسمى الأشتراك في المباح شركة .

أما القانونيون فلا يرون الشركة الا في العقد ، ولذلك لا يعرفون الشركة تعريفا عاماً كما فعل الفقهاء ، ولهذا لم يعتبر القانونيون شركة الملك ، ولا شركة الإباحة من أنواع الشركات ، واعتبروا الأحكام المتعلقة بشركة الملك (أحكام شيوع) ، وهم في هذا متأثرون بالتشريع الفرنسي على الأخص . [3]

١- المرجع السابق.
٢ - نيل الأوطار ٥٨/٧ - ٦٠.
٣ - الوسيط للسنهورى ٢٢٢/٥.

وبعد هذا التمهيد نتحدث عن شركة الملك وأثرها في نشأة الشيوع .

٢ - تعريف شركة الملك:

عرف الحنفية شركة الملك بقولهم : [١]

شركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها ، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا باذنه ، وكل واحد منهما في نصف صاحبه كالأجنبي ، وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب ، كما إذا اتهب رجلان عيناً ، أو ملكاها بالاستيلاء ، أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما ، أو بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأساً ، كخلط الحنطة بالحنطة ونحوها ، أو لا يمكن التمييز إلا بحرج ، كخلط الحنطة بالشعير .

وعرفها المالكية بقولهم:

هي تقرير متمول بين مالكين فأكثر ملكاً ، وقد سبق بيان هذا التعريف وعرفنا أنه يتضمن شركة الإرث والغنيمة ، وهما أساس شركة الملك عند المالكية ، وكما أنهم يطلقون على شركة الإرث شركة الجبر أيضاً . [٢]

أما الشافعية:

فانهم لم يعرفوا شركة الملك صراحة ، وإنما يشيرون إليها إشارة عامة كما جاء في نهاية المحتاج . [٣]

فإن ملكاً مشتركاً بينهما على جهة الشيوع ، وهو مثله بإرث وشراء وغيرهما ، «تمت الشركة» .

وعرفها الحنابلة بقولهم : [٤]

«هي اجتماع في استحقاق ، وهى أنواع ، ذكرتها من قبل ، وسنفصل

---

١ - البناية في شرح الهداية ٧٤/٦، الهداية ٣/٣.

٢ - شرح منح الجليل ٢٧٩/٣.

٣- نهاية المحتاج ٨/٥.

٤- شرح منتهى الارادات ٣١٩/٢.

ذلك الكلام على أنواع شركة الملك» .

وعرفها صاحب مرآة المجلة بقوله:

أن يكون الشيء مشتركاً بين اثنين أو أكثر بسبب من أسباب التملك ، كالشراء والهبة ، والوصية والإرث ، أو خلط الأموال او اختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق . (١)

وبعد عرض تعريف شركة الملك عند كثيراً من فقهاء المذاهب نلحظ أن هذه التعريفات تبرز وتظهر صور الإشتراك في الملك مع اختلاف هذه الصور ، وهذا الإشتراك النسبي في الملك هو ما يسمى بالشيوع كما سبق بيانه .

وتوضيح ذلك:

أن شركة الملك كما تشير التعريفات السابقة ، هي كون الشيء مشتركاً بين أكثر من واحد ، أي مخصوصاً بهم بسبب من أسباب التملك كالاشتراء ، قبول الهبة ، وكذا قبول الصدقة والهدية والوصية مثل : أن يوصي شخص بماله لاثنين وأن يقبلا الوصية بعد وفاة الموصى ، وكذلك التوارث بأن يرث أثنان مالاً من مورثهما المتوفى ، وقد تحدث شركة الملك بسبب غير أسباب التملك ، كخلط الأموال بعضها ببعض بصورة لا يمكن تفريقها وتمييزها ، أو اختلاط الأموال بصورة يتعذر أو يتعسر تمييز بعضها عن بعض بدون أن يكون في ذلك دخل للمالكين .

وتسمية هذه الشركة بشركة الملك لحصولها في الأكثر بأحد أسباب الملك .

وإن كانت تحصل في خلط واختلاط الأموال شركة ملك إلا أنهما ليسا سببا في الملك لأنه موجود قبلهما .

---

١ - مرأة المجلة ليوسف أصاف ٢/٥٥.

أي ان كل واحد قبل الخلط يملك ماله عكس الموهوب له ، أو الموصى له لا يملكان الهبة أو الوصية إلا بالقبض .

ولهذا كان التعريف السابق لصاحب المجلة تعريفا بالأخص ، فلو قال : «إنها تحصل بأحد الأسباب كالاشتراء والاتهاب وخلط واختلاط الأموال ، لكان التعريف موافقاً للسياق وجامعاً للأفراد المراد ادخالها في المعرف ، فإذا حصلت شركة الملك ، وذلك بتحقق ركنها ، وهو خلط واختلاط الأموال حتى يتعذر تمييز وتفريق الحصص عن بعضها ، وتوافر شرطها ، وهو أن يكون المعقود عليه قابلاً للشركة ، فحكمها هو الاشتراك في المال المخلوط أو المختلط وذلك بنسبة ملكهم ، فاذا اتلف بعض ذلك ، فخسارة التالف على الشركاء بنسبة ملكهم ، كما أن الباقي يكون مشتركاً بينهم بنسبة ملكهم . [1]

٣ - أقسام شركة الملك:

ذهب المالكية:

إلى أن شركة الملك تنقسم بحسب أسباب الملك إلى ثلاثة أقسام :

أ - شركة الإرث : وهي اجتماع الورثة في ملك عين عن طريق الإرث .

ب - شركة الغنيمة : وهي اجتماع الجيش في ملك الغنيمة .

جـ - شركة المبتاعين : وهي أن يجتمع اثنان أو أكثر في شراء دار ونحوها [2] .

ويرى جمهور الفقهاء أن شركة الملك تنقسم إلى قسمين ، نوضح أثرهما في نشأة الشيوع وذلك من خلال المطلبين الآتيين :

---

١ - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤-١٠ مع التصرف في المنقول.

٢ - شرح الخرشي ٦/٣٧ - ٣٨، أقرب المسالك الى مذاهب مالك ٢/٩٩.

المطلب الأول
في
شركة الجبر

وهي التي تحصل بغير فعل الشركاء ، وضابطها : أن يختلط المالان بغير اختيار المالكين خلطا لا يمكن التمييز بينها حقيقة ، بأن كان الجنس واحداً ، أو يمكن التمييز بصعوبة ومشقة ، كأن تختلط الحنطة بالشعير ، أو يختلط المالان يرث الشخصان مالاً [١]

ونستخلص من ذلك:

أن شركة الجير قائمة على اختلاط المالين اختلاطاً يجعل التمييز متعذرا أو صعباً أو اختلاطاً ليس لها فيه مدخل كما في المال الموروث .

غير أن بعض الفقهاء جعل الشركة الجبرية تقوم على اجتماع الشركاء في المالك الجبرى ، ولهذا عرفوها بأنها : اجتماع شخصين فأكثر في ملك عين قهراً . [٢]

ومؤدى التعريفين واحد ، وإن كان الثاني أدق ، لأن الشركة في معناها تعني الخلط ، والخلط يكون بفعل المتشاركين ، أو يدل عليه ، والاختلاط أثر من آثار الخلط ، وبناء على ما سبق عرضه يتضح لي :

أن الإرث سبب من أسباب التملك الجبري كما أن الشركة الحاصلة بسببه هي شركة جبرية ، والشيوع الناشئ عن هذه الشركة هو أكثر أسباب الشيوع انتشاراً ، لأن تركة المتوفى بعد تجهيزه وسداد ديونه تكون

---

١ - الفتاوي الهندية ٣٠١/٢.

٢ - الفقه على المذاهب الأربعة للحريرى ٦٣/٣.

لورثته شائعة بينهم بحسب نصيب كل منهم فيها وغالباً ما تبقى هذه الشركة شائعة بين الورثة فترة من الزمن قبل القسمة ، وهو ما عليه الحال في الريف المصري .

ويتحقق الشيوع أيضاً في شركة الجبر الناتجة عن الاختلاط ، وذلك بكون المال المختلط شركة بين الشريكين أو الشركاء بنسبة ملكهما ، وهذا هو الشيوع الذي سنفصله ونوضح أسبابه فيما بعد .

المطلب الثاني
في
شركة الاختيار

شركة الإختيار : وهي ما كانت بفعل الشركاء .

وضابطها : أن يرضى الشريكان ، أو الشركاء بالشركة ، فإذا وهب لهما مالاً فقبلا الهبة ، أو تصدقا عليهما بصدقة فتقبلاها ، أو خلطا ماليهما برضاهما ، أو أوصى أحد بمال لاثنين أو اكثر فقبلا الوصية ، أو تملك اثنان أو أكثر مالاً بالشراء ، كان ذلك شركة ملك اختيارية ، أي قائمة على رضا الشركاء بالشركة ، ومن هنا كان معناها : أن يجتمع شريكان أو اكثر في ملك عين باختيارها . [١]

ولشركة الملك الاختيارية صور كثيرة يتحقق من خلالها الشيوع ، وقبل أن نفصل هذه الصور لبيان أثرها في نشأة الشيوع ينبغي التنبيه إلى أن التقسيم السابق لشركة الملك إلى جبرية واختيارية ، إنما هو تقسيم من

---

١ - الاختيار لتعليل المختار ٣/٢١.

حيث الشركاء ، أما تقسيمها من حيث نوع المال المشترك فقد قسمت قسمين :

شركة عين ، وشركة دين ، إلا أن بعض الفقهاء قد اعترض على اعتبار الاشتراك في الدين نوعاً من أنواع شركة الملك [1] الملك ، لأن الملك عبارة عن الأعيان والنافع ، كما عرفته المادة (١٢٥) من مجلة الأحكام العدلية .

أما الدين : فهو وصف شرعي ، فلا يعد من المنافع ، كما أنه لا يعد من الأعيان .

وعلى ذلك ، فسأوضح الاشتراك في الدين وأثره في نشأة الشيوع في فصل خاص به .

ولقد عرفت المادة (١٠٦٧) من مجلة الأحكام العدلية شركة العين بأنها : هي الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعاً في دار أو أرض أو شاة .

وقبل أن اتعرض لبيان صور شركة الملك الاختيارية أحب أن أشير إلى أن شركة الملك غير شركة العقد ، لأن شركة الملك قائمة على اختلاط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر ، سواء أكان بالرضا أم الجبر .

أما شركة العقد ، فهي قائمة على الايجاب والقبول ، فالرضا من الطرفين أساس في نشأتها بالإضافة إلى أنها مخصصة بالتجارة أو ما يشبهها ، كالصناعة وبيع المصنوع [2] .

وعلى ذلك يمكن القول أن شركة الملك بقسميها تشتمل على صور متعددة ومتنوعة للشيوع وهو ما سنوضحه فيما يأتي :

---

١ - كشاف القناع ٣/ ٤٩٥ وما بعدها ، البحر الرائق ٥/ ١٨٠.

٢ - اللباب في شرح الكتاب ص ١٥٤ ، شرح المجلة لسليم رستم ص ٥٩٩ ، الشركات في الشريعة والقانون للدكتور عبد العزيز الخياط ص ٣٤.

تمهيد :

عرضت فيما سبق تعريف شركة الملك ، وعلمت منه أنها نوعان ، فما كان منها قائما على رضا الشركاء يسمى شركة ملك اختيارية .

ولما كان الرضا في شركة الملك الاختيارية هو أساس قيامها تعددت صور الشيوع فيها ، لأن الشركاء لهم الحق في اختيار ما يناسبهم من ملك أو انتفاع ، وكذلك الواهب ، والموصى لهما الحق في تحديد من يريدان له الانتفاع بملكيهما ، ولهذا تعددت صور الشيوع في شركة الملك الاختيارية .

وسنفصل ذلك من خلال الفروع الآتية :

الفرع الأول
في
الشيوع الناشىء عن البيع والشراء

ينشأ الشيوع عن البيع إذا ما باع إنسان لآخر حصة في دار يملكها ، أو ثلثاً من أرض يملكها ، ويبقى الثلثان ، فتصبح الدار أو الأرض مملوكة على الشيوع بين البائع والمشتري ، وعن حكم هذا البيع نتحدث في الباب الثاني[1] .

وأشارت المادة (٢١٤) من مجلة الأحكام العدلية إلى أن : بيع حصة شائعة معلومة كالثلث والنصف والعشر من عقار مملوك قبل الإفراز صحيح .

١- المجموع ٩/٢٥٦، الأم ٣/٧٩.

ونص الشافعية في كتبهم على أنه [1] : يجوز بيع المشاع كنصف من عبد أو بهيمة أو خشبة أو أرض أو شجرة أو غير ذلك بلا خلاف سواء كان مما ينقسم أصلاً كالعبد والبهيمة ، وأضافوا أيضاً : أنه يجوز بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من دار أو صبرة [2] أو ثمرة وغيرها لعدم الفرز ، كما أنه يجوز بيع الشيء واستثناء جزء شائع منه كالثلث والربع ونحو ذلك ، مثاله : لو قال بعتك هذه الثمار إلا ربعها ، أو إلا قدر الزكاة منها جاز له ذلك ، ولو قال بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا ، فإن أراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور صح وكان استثناء للثلث ، وإن أراد ما يساوي ألفا عند التقويم فلا للجهل به .

وفصل الشافعية في بيع الجزء الشائع من الصبرة فقالوا:

إذا قال بعتك صاعا [3]من هذه الصبرة فله حالان :(أحدهما) أن يعلما صيعانها فيصبح البيع بلا خلاف ، وينزل على الإشاعة . فإذا كانت الصبرة مائة صاع فالبيع عشر عشرها ، فلو تلف بعضها تلف بقدره من البيع ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور .

وحكى أمام الحرمين وجهين (أحدهما) هذا ، (والثاني) البيع صاع من الجملة غير مشاع أي ضاع كان ، وعلى هذا قالوا : يبقى المبيع ما بقى صاع ، ولو تلف بعضها لم يسقط على المبيع غيره .

وفي حالة استثناء الجزء الشائع يجوز أن يقول البائع للمشتري بعتك هذه الصبرة الا صاعا منها وإن كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصح البيع ، لأن البيع مجهول القدر وليس متميزا حتى تكفي فيه المشاهدة .

---

١ - الأم ٥٣/٣، المجموع ٢٦٧/٩.

٢- هي الطعام المجموع، وسميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض، ومنه قيل للسحاب فوق السحاب صبر، أبن عابدين ٢٧/٤.

٣ - هو ما يكال به، وهو أربعة أمداد، والجمع أصوع، وإن شئت أبدلت من الواو المضمومة همزة، والصوع لغة في الصاع، وقيل: هو أناء يشرب فيه. مختار الصحاح ص ٣٧٣، اسنى المطالب شرح روض الطالب ٢ / ١٤ ، المجموع ٩ / ٣١٢ .

وإن كانت معلومة صح البيع ونزل على الاشاعة كما سبق ، فإن كانت عشرة أصع كان البيع تسعة اعشارها .

ونستخلص من ذلك:

أن بيع نصف الصبرة أو ثلثها أو ربعها أو عشرها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة صحيح ، وكذلك بيعها إلا نصفها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة يصح البيع بلاخلاف .

وعند المالكية:

يجوز بيع الثمرة والصبرة جزافا [1] ويستثنى البائع منهما كيلا قدر الثلث فأقل لا أكثر أي إذا كان المستثنى من المبيع قدرا معلوما بالكيل أو الوزن أو العدد فيشترط فيه كونه قدر الثلث فأقل على المشهور ، ومقابله لا يجوز استثناء قليل ولا كثير لا كيلا ولا جزافا .

وقال ابن رشد في البيان:

أجمعوا على أن من باع جزافا فلا يجوز أن يستثنى منه كيلا إلا الثلث فأقل ، فإذا باع جزافا ولم يستثنى منه شسيئا فلا يجوز أن يشتري منه الا ما كان يجوز أن يستثنيه منه وذلك الثلث فأقل ، فإن اشتر منه الثلث فأقل مقاصة من الثمن جاز ، وإن اشترى منه ذلك بنقد ولم يقاصه جاز إن كان البيع نقدا ولم يكن لأجل .

أما اذا كان الجزء المستثنى من البيع شائعا ، فإنه يجوز مطلقا من حيوان أو غيره كصبرة أو ثمرة سفرا أو حضرا ، ثلثا أو اقل أو اكثر ، وسواء اشترى الحيوان على الذبح أم الحياة ويكون شريكا للمشتري بقدر ما استثنى من المبيع .

---

١ - بيع الجزف: هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد بدون كيل أو وزن أو عدا أكتفاء بتقديره إجمالاً حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩/٣ ، مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب مالك مادة ٣٧ ص ٨٤، الخرشي ٢٦/٥، الدسوقي ١٨/٣.

● **وأجاز الحنابلة**

بيع الجزء المشاع من الصبرة ، فلو قال البائع بعتك نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو جزءا منها معلوما جاز ، لأن ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحيوان ، ولأن جملتها معلومة بالمشاهدة فكذلك جزؤها ، وإن استثنى البائع جزءا معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا كالثلث أو الربع أو العشر صح ، لأن معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها ، أي بعتك ثلثيها . وإن باع حيوانا واستثنى منه ثلثه جاز ، ومنع منه القاضي قياسا على استثناء الشحم ، لأن الشحم مجهول ، فلا يصح افراده بالبيع .

ورد ذلك : بأن استثناء الجزء المشاع من الحيوانات يصح ، لأنه معلوم فيصح افراده بالبيع كالشجرة المعينة ، وعلى هذا يصيران شريكين في الحيوان ، المشتري ثلثاه وللبائع ثلثه . [1]

ويلاحظ من عرض المذاهب الفقهية السابقة:

أن البيع إذا ما تم على اي صورة من الصور التي أشرنا إليها سابقا يترتب عليه الشيوع ، فينشأ ويصبح حقيقة ، ويترتب عليه حكم في كل مذهب من المذاهب الفقهية نشير إليه حين الحديث عن أحكام الشيوع .

وتحدث الفقهاء عن نشأة الشيوع بطريق الشراء في معرض حديثهم عن الإشتراك في السلعة . **(أي طلب الاشتراك في السلعة) فنص الحنفية:** [2]

على أن من أشترى شيئا فاشترك فيه غيره ، فلا يخلو إما أن يشركه في قدر معلوم ، كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك ، وإما أن يطلق الشركة ، فإن اشركه في قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه ، لأن حكم التصرف فيه يثبت في قدر ما أضيف اليه .

---

١ - المغنى والشرح الكبير ٤/ ٣٠، ٢٢٦.
٢ - البدائع ٧/٧ ٣٢٠.

وإن أطلق الشركة بأن قال : أشركتك في هذا المنزل ، فله نصفه ، كما لو قال أشركتك في نصف المنزل ، لأن الشركة المطلقة تقتضي المساواة ، فتقتضي أن يكون نصيب الرجل مثل نصيب المشتري . ولو أشترى رجل سلعة فأشرك آخر في نصفها فلم يقبضها حتى هلك نصفها فالرجل المشترك بالخيار إن شاء أخذ نصف ما بقى ، وهو ربع السلعة وإن شاء ترك ، لأنه كان له نصف الشائع من ذلك ، فما هلك هلك على الشركة ، وما بقى على الشركة وله الخيار إذا كا قبل القبض ، لأن الصفقة قد تفرقت عليه ، ولو كان مكان الهلاك استحق نصف بأن استحق نصف السلعة ، فيكون النصف الباقي بينهما لتعذر التنفيذ في النصف المستحق لانعدام الملك ، وأمكن تنفيذه في النصف المملوك فيجب تنفيذه فيه ، والتنفيذ في النصف المملوك يقتضي المساواة بينهما في ذلك النصف ، وذلك بأن يكون نصفه للمشتري ، ونصفه للرجل الآخر .

ونص المالكية على أن:

المشتري إذا اشرك شخصا سأله الشركة بأن قال له : اشركتك ، حمل التشريك إن اطلق على النصف ، لأنه الجزء الذي لا ترجيح فيه لأحد الجانبين ، وإن قيد بشيء فواضح وإن سأل شخص ثالث شركتهما وهما مجتمعان ، أي سأل اثنين اشتريا سلعة واتفق نصيبهما بأن صار لكل منهما النصف ، فقال لهما : اشركاني ، فقالا له اشركناك ، فله الثلث فإن اختلف نصيبهما ، فله نصف ما لكل ، كما لو كانا شريكين بالثلث والثلثين ، فإذا قالا له أشركناك كان له نصف الثلث ونصف الثلثين ، وحينئذ فيكون له النصف وللأول السدس وللثاني الثلث ، كما لو سألهما بمجلسين وقال لكل واحد على انفراده اشركني ، فقال له أشركتك فله نصف ما لكل سواء اتفق نصيبهما أم أختلف . (١)

---

١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٨/٣ . ١٥٩.

ونص الشافعية على أنه لو قال:

أشركتك في نصفه بنصف الثمن ، كان مناصفة بينهما ، لمقابلة نصف الثمن .

فإنه قال : أشركتك في النصف فله الربع ما لم يقل بنصف الثمن ، فأنه يكون له النصف . قال الشبراملي : ولعل وجهة ذلك : أن عدو له عن بعتك ربعه بنصف الثمن إلى اشركتك قرينة على ذلك .

والمعنى حينئذ : أشركتك فيه بجعل نصفه لك بنصف الثمن إلى آخر ذلك ، ومع ذلك فيه شيء .

فإن اطلق الاشراك بأن قال : اشركتك فيه صح العقد وكان المبيع مناصفة بينهما ، كما لو أقر بشيء لزيد وعمرو ، لأن ذلك هو المتبادر من لفظ الاشراك . [1]

وذكر الحنابلة:

أن من اشترى شيئا فقال له آخر اشركني في نصفه بنصف الثمن ، فقال له : اشركتك صح وصار شركا بينهما إذا كان الثمن معلوما لهما .

ولو اشترى شيئا فقال له آخر أشركني فأشركه انصرف إلى النصف ، لأنها تنصرف إلى التسوية بإطلاقها .

ولو أشترى قفيزا من الطعام ، فقال له رجل بعنى نصف بنصف هذا القفيز ، فباعه انصرف إلى النصف المقبوض ، لأن البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه ، وهو المقبوض .

وإن قال : أشركني في هذا القفيز بنصف الثمن فعل ، لم تصح الشركة الا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما ، لكل واحد منها ربعه بربع الثمن ، لأن الشركة تقتضي التسوية ، هكذا ذكر القاضي .

---

١ - نهاية المحتاج ٤/١٠٧.١٠٨.

والصحيح عند الحنابلة : أن الشركة تنصرف إلى النصف كله فيكون بائعا لما يصح بيعه ومالا يصح ، فيصح في نصف المقبوض في أصح الوجهين ، ولا يصح فيما لم يقبض . (١)

ونستخلص مما سبق عرضه.

من آراء الفقهاء في اشراك المشتري لغيره فيما اشتراه على الحصة المعينة إنما هو الشيوع الذي نبحث عن مصدره ، وسبب وجوده ، وأن أحد الاسباب التي تنشىء الشيوع وتوجده هو اشراك المشتري غيره فيما اشتراه ، أو أن يشتري اثنان دارا بينهما نصفين من شخص ويتم الشراء ، أو ثلاثة لكل واحد منها الثلث . . . . والله اعلم .

---

١ - المغنى والشرح الكبير ٤/ ١٠٠، ١٠١.

الفرع الثاني
في
الشيوع الناس عن الإجارة

أثر الاجارة في نشأة الشيوع:

واعنى بهذا أن الرجل إذا أجر داره من رجلين صفقة واحدة ، فكان لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين ، فإن ذلك جائز ، وينتفع صاحب الثلث المؤجر بثلث الدار ، وينتفع الثاني بثلثيها ويمكن ذلك إذا ما تم تسليم العين المؤجرة ، وتسليمها يكون بالتخلية ، وأيضاً يمكن الإنتفاع بالعين المؤجرة على الشيوع من قبل المستأجرين لها بالتهايؤ . (١)

ومما يجب التنبيه إليه : أن اجارة المشاع اختلف فيها الفقهاء على قولين ، إحدهما يقول بالجواز ، والثاني يقول بالمنع .

ويرجع سبب الخلاف في ذلك إلى اختلاف الفقهاء في كيفية تسليم المشاع ، وإليك أقوال الفقهاء في إجارة المشاع .

القول الأول:

يرى أبو حنيفة أن إجارة المشاع غير جائزة وإن كان المستأجر مبين القدر ، كنصف أو ثلث أو غير ذلك ، لأن المحل المستأجر لشيوعه في العين المسماة مجهول . (٢)

أى أن اجارة الشخص لنصف داره ، أو ثلثها ، أو ربعها ، أو نحو ذلك لشخص آخر لا يجوز على مذهب أبى حنيفة ، لأن الجزء المؤجر غير معين ، فلا تجوز اجارته ، وعلى هذا القول فإن الإجارة لا تنشىء الشيوع .

---

١ - تبيين الحقائق ١٢٦/٥.

٢ - البدائع ٢٥٦٩/٥ ، حاشية ابن عابدين ٣٠/٥ .١٣.

القول الثاني:

وهو لجمهور الفقهاء [1] من المالكية والشافعية والحنابلة ، وأبى يوسف ومحمد من الحنفية وينص على أن اجارة المشاع جائزة .

وأختلف القائلون بالجواز في تعليله ، وإليك تفصيل ما قالوه في ذلك :

ذهب أبو يوسف ومحمد إلى جواز اجارة المشاع ، لأن الشيوع لا يمنع من الانتفاع بالعين المؤجرة كانتفاع مالك العين بها .

وشرط جواز اجارة المشاع عندهما : بيان نصيب المستأجر ، وإن لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح .

والفتوى في المذهب الحنفى في إجارة المشاع على قولهما .

وذهب المالكية:

إلى أن كراء نصف الدار مثلا والباقي له أو لشريكه ، أو كراء نصف عبد أو لشريك أو لغيره يجوز ويستعمله المكتري يوما والمالك يوما وإن كان له غلة اقتسماها على الحصص . .

وجاز كراء قدر اذرع أو فدّانين من ارضك إن عينت جهة القدر التي يؤخذ منها أو تساوت الارض في الجودة أو في ضدها ، أو في الأمن والخوف ، فإن لم يعين وأختلفت منع .

أما الجزء المعين كربع مثلا فلا يشترط تعيينه مفردا ، لأن المستأجر ربعها شائعا كانت كلها جيدة أو رديئة ، أو بعضها جيد والبعض ردىء .

ونص الشافعية على أن:

اجارة المشاع جائزة ، لأنه يجوز بيعه فكذلك تجوز إجارته ، وكما جازت

---

١ - المراجع السابقة.

اجارة المشاع للشريك اتفاقا ، فتجوز اجارته لغيره ، ويكون الانتفاع به مقدور بالمهيأة .

وقال الحنابلة:

إذا كانت العين كلها لمالك واحد فإنه يجوز له أن يؤجر حصة شائعة منها لآخر ، لقدرته على تسليمها ، اذ العين كلها له فيستطيع أن يسلمها لمن استأجرها منه ، فإن أجر باقيها في هذه الحالة لآخر ، ففي صحة العقد حينئذ وجهان ، وإذا أجرها لاثنين أو لأكثر لم يصح .

وفي رواية عن الامام أحمد :

أن اجارة المشاع جائزة في جميع أحواله ، وعليه العمل .

ومما سبق عرضه من أقوال الفقهاء.

يتضح أن جمهور الفقهاء متفقون على أن إجارة المشاع جائزة ، وأنها إذا جاءت على الصورة التي مثل بها الفقهاء ، فإنها تكون سببا من اسباب نشأة الشيوع في الفقه الإسلامي .

الفرع الثالث
في
الشيوع الناشىء عن الرهن

قبل بيان أثر الرهن في نشأة الشيوع لا بد من القول من أن الفقهاء اختلفوا في مفهوم القبض بالنسبة للرهن عامة ، وتبع ذلك اختلافهم الشديد في قبض المرهون إذا كان شائعا ، وجاء اختلافهم في رهن المشاع في قولين :

أحدهما : يقول بجواز رهن المشاع ، والثاني يقول بالمنع .

واليك تفصيل ذلك :

● القول الاول:

وهو لجمهور العلماء من المالكية [١] ، والشافعية [٢] ، والحنابلة [٣] ، والظاهرية [٤] ويرون أن رهن المشاع جائز ، وهم على خلاف في التفصيل كما سيأتي :

يري المالكية:

أن رهن الجزء المشاع كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك صحيح ، سواء أكان المرهون عقارا أم حيوانا أم عرضا أم غير ذلك .

وصح ذلك كما يصح بيع المشاع وهبته ووقفه ، سواء أكان الباقي للراهن أم لغيره ، لكن إن كان الباقي لغير الراهن اقتصر المرتهن في الحوز على حصة الراهن ، وإن كان الباقي له حاز المرتهن ماله كله ، ما رهن وما

---

١ - حاشية الدسوقي ٣/٢٣٦.
٢ - الأم٣/١٦٨ . ١٦٩، نهاية المحتاج ٤/٢٣٩.
٣ - كشاف القناع ٣/٣٢٦، المغنى ٤/٣٧٥.
٤ - المحلى ٨/٤٨٢.

لم يرهن ، أي لو كان الراهن يملك النصف ورهن الربع ، فإنه يكتفي بحوز ما يملكه الراهن فقط وهو النصف .

وأضاف المالكية أن للمرتهن حيازة الجزء المشاع ليتم الرهن مع جميع ما يملكه الراهن إن بقى فيه شيء للراهن لئلا تجول يد الراهن في الرهن فيبطل .

فإن كان البقية لغير الراهن أكتفى المرتهن بحوز الجزء المرهون .

ويرى الشافعية، والحنابلة أن رهن المشاع جائز.

لأن الشيوع لا يمنع من القبض ، فيجوز كما يجوز بيع المشاع .

ويمكن القبض في رهن المشاع وذلك بقبض الجميع كما في البيع ، فيكون بالتخلية في غير المنقول ، وبالنقل في المنقول .

ويرى الظاهرية أن رهن:

المرء لحصته من الشيء المشاع سواء كان مما يقسم أم لا يقسم ، عند الشريك فيه أم عند غير الشريك جائز ، لقوله تعالى : ﴿فرهان مقبوضة﴾[1] ، ولم يخص مقسوما من غيره ، من مشاع أو غيره .

ولو اراد ذلك لبينه (وما كان ربك نسيا) .[2]

ويظهر من عرض آراء الفقهاء السابقة:

أنهم يجيزون رهن المشاع وهم بذلك يعدونه من الأسباب التي تنشيء الشيوع في الفقه الإسلامي .

القول الثاني: [3]

وهو للحنفية ، ويرون أن رهن المشاع لا يصح إلا إذا كان عبدا بين رجلين ورهناه عند آخر بدين له على واحد منهما ، وكان بعقد واحد .

فلو رهن كل واحد منهما نصيبه من العبد منفردا لم يجز .

---

١ - الآية رقم (٢٨٣) من سورة البقرة.

٢ - الآية رقم (٦٤) من سورة مريم.

٣ - المبسوط ٦٩/٢١، حاشية أبن عابدين ٥ / ١٣١٥ .

ونص الحنفية على أن الشيوع المقارن (وهو ما كان ثابتا قبل العقد) يمنع من الرهن كنصف العبد ، أو رهن نصف الدار وغيرهما .

أما الشيوع الطارىء كأن يرهن شخص الجميع ثم يتقاسما في البعض ، أو يأذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فيبيع نصفه ، فهو ممنوع أيضا عند الحنفية غير أن أبا يوسف يرى في راوية منه أن الطارىء لا يضر ، والصحيح الأول .

ويتضح مما قاله الحنفية:

أنه على الرأي الصحيح عندهم أن الرهن لا يتسبب في نشأة الشيوع ، لأن موجب الرهن الحبس الدائم ، وفي المشاع يفوت الدوام ، لأنه لابد من المهايأة ، فيصير كأنه قال رهنتك يوما دون يوم ، وهذا لانناقشه هنا ، لأننا بصدد البحث عن دور الراهن في نشأة الشيوع وسنوضح ذلك عند الكلام عن حكم الرهن المشاع في الباب الثاني ... والله أعلم .

الفرع الرابع
في
أثر الهبة والصدقة في نشأة الشيوع

الهبة والصدقة وأثرهما في نشأة الشيوع:

قبل أن أبين ذلك أحب أن اشير إلى أن كتب الفقه تعرضت للشيوع الناتج عن الهبة والصدقة وهي في معرض حديثها عن حكم هبة المشاع أو التصدق به ، وهو ما سنفصله في الباب الثاني . ولم يتفق الفقهاء على حكم واحد فيما يتعلق بهبة المشاع أو التصدق به ، وإنما اختلفوا في ذلك على رأيين :

أحدهما: وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة ، والظاهرية ويقضي بجوار الهبة بالمشاع أو التصدق به مطلقا ، سواء كان الموهوب مما يقسم أو مما لا يقسم .

الثاني: وهو للحنفية ، وينص على أن هبة المشاع أو التصدق به لا تجوز فيما يقسم ، وتجوز فيما لا يقسم .

والیك تفصيل ذلك :

اولا : رأي جمهور الفقهاء في هبة المشاع أو التصدق به وأثر ذلك في نشأة الشيوع :

يرى جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية[1] : أن هبة المشاع أو التصدق به تصح مطلقا ، ما يقسم وما لا يقسم ، لأن ما جاز هبته ، جاز هبة جزء منه مشاعا كثلث أو ربع أو نحو ذلك .

---

١ - التاج والإكليل ٦/ ٦٠، ٦١، المهذب ١/٤٤٦، كشاف القناع ٤/٣٠٥، المحلى ١٠/١٢٦.

ويرى الشافعية أن هبة المشاع لا يشترط فيها القبض ، وأختلف المالكية في حكم القبض إذ كانت الهبة أو الصدقة لأحد أبناء الواهب فقالوا : إن الرجل إذا تصدق على ابنه الصغير ، أو وهبه نصف غنمه أو عبيده ، أو والأخرى داره مشاعا ففي ذلك روايتان (أحدهما) الجواز ، (والأخرى) الإبطال .

وذكر بعض المالكية : أن العمل في المذهب المالكي يجري على جواز الصدقة بالجزء المشاع مع المتصدق ، ويكتب في ذلك : تصدق على ابنه المالك أمره ، ويتولى الابن قبض الصدقة من ابيه ، وينزل فيها مع ابيه على الإشاعة منزلة ابيه .

ويرى الحنابلة أنه في هبة المشاع:

لا بد من تحديد الموهوب له فيقول الواهب : وهبت لك كذا سهما من كذا سهما ، أو ثلث كذا ونحو ذلك ، وكذلك حكم التصدق بالمشاع .

ونلحظ مما قاله جمهور الفقهاء.

أنهم على الرغم من اختلافهم في تفصيل المسائل التي تترتب على القول بصحة هبة المشاع أو التصدق به ، إلا أنهم اتفقوا على القول بجواز هبة المشاع والتصدق به ، وهو ما يعد سببا من أسباب حدوث الشيوع في الفقه الإسلامي .

ثانيا: رأي الأحناف: [1]

يرى الحنفية أن هبة المشاع لا تجوز فيما يقسم ، وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام ونحوهما وذهب الحنفية إلى ذلك لأن قبض الموهوب شرط لجواز الهبة عندهم ، والشيوع يمنع من القبض فيما يقسم ، فلو وهب

١- البدائع ٨/ ٣٦٨٠، أبن عابدين ٤/٥٠٨ - ٥٢٢.

رجل لآخر نصف داره ، ولم يقبض الموهوب له الهبة ، فإنه لا يتمكن من التصرف في النصف الشائع من الدار وحده ، ولهذا منع الحنفية هبة المشاع فيما يقسم .

أما المشاع الذى لا يقسم ، فأقتضت الضرورة جواز هبته شائعا ، واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف .

وإن وهب الدار لإثنين فإنه يجوز على الأصح ، بخلاف هبة البعض لواحد فإنه لا يجوز على ما سبق . والصدقة كالهبة لا تصح في مشاع يقسم ، وتصح في المشاع الذي لا يقسم كما سبق .

ومما قاله الحنفية نستطيع القول أن هبة المشاع أو التصدق به لاتنشىء الشيوع إذا كان الموهوب أو المتصدق به مما يقسم ، أما إذا كان الموهوب أو المتصدق به مما لا يقسم فإن الشيوع ينشأ عند الحنفية ، وهم في قولهم بصحة الهبة والصدقة فيما لا يقسم يتفقون مع ما قال به جمهور الفقهاء . . . والله أعلم .

الفرع الخامس
في
أثر الوقف في نشأة الشيوع

كيف يتسبب الوقف في نشأة الشيوع:

أختلف الفقهاء في حكم وقف المشاع ، فمنهم من قال : إن وقف المشاع صحيح فيما يقسم وما لا يقسم ومنهم من قال : إنه صحيح فيما لا يقبل القسمة ، ويمنع فيما يقبل القسمة .

وإليك تفصيل ما قالواه :

أولا: يرى جمهور الفقهاء من المالكية [1] ، والشافعية [2] ، والحنابلة[3] ، وأبي يوسف من الحنفية [4] :

أن وقف المشاع يجوز فيما يقسم وما لا يقسم وفصلوا ما قالوه بما سيأتي :

يرى المالكية : أن الوقوف يصح في العقار المملوك لا المستأجر من الأراضي ، والديار والحوانيت ، والحوائط ، والمساجد [5] ، والمصانع والآبار ، والقناطر ،والمقابر ، والطرق شائعا وغير شائع ، فلو وقف شخص نصف داره أو أرضه ، أو ربع ذلك ونحوه جاز .

أما ما لا يقبل القسمة ، فللمالكية تفصيلات كثيرة في وقفه شائعا [6] نفصلها عند بيان حكم وقف المشاع في الباب الثاني .

---

١ - مواهب الجليل ٦/١٨-١٩.
٢- المهذب ١ / ٤٤٦ .
٣ - المغنى والشرح الكبير ٦/١٨٥.
٤- المبسوط ٢١ / ٣٦ - ٣٧ .
٥- الدسوقي ٤/٧٦.
٦-المرجع السابق.

وعلل الشافعية صحة وقف المشاع فيما يقسم وما لا يقسم بقولهم .
الوقف عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا ، فجاز عليه مشاعا كالبيع [١] .
ووافقهم على ذلك الحنابلة [٢].
وبما قاله جمهور الفقهاء يتضح أن :
الوقف إذا ما تم على جزء شائع اعتبر ذلك سببا من أسباب وجود الشيوع في الفقه الإسلامي .
ثانيا: يرى الإمام محمد [٣] - من الحنفية - :
أن وقف ما يقبل القسمة شائعا لا يصح ،ويجوز فيما لا يقبل القسمة .
وعلل لذلك بقوله :
إن ما لا يقبل القسمة لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع به ، كالبيت الصغير والحمام ، فأكتفى بتحقق التسليم في الجملة ، ولذا جاز وقفه شائعا .
أما الوقوف الذي يحتمل القسمة ، فإنه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه ، ولذا لم يصح وقفه شائعا .

ونلحظ من قول الأمام محمد:

أنه يجيز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة ، وبهذا يتفق مع ما قاله جمهور الفقهاء من أن وقف مالا يحتمل القسمة شائعا يعتبر سببا من أسباب نشأة الشيوع .
أماما يحتمل القسمة فلا ينشىء الشيوع لأنه لا يجوز وقفه شائعا - .... والله أعلم .

---

١ - نهاية المحتاج ٥/٣٦٢.
٢- كشاف القناع ٤ / ٣٠٥، المغنى والشرح الكبير ٦ / ١٨٥ .
٣- فتح القدير ٦ / ٢١٠- ٢١١ .

الفرع السادس
في
الوصية كسبب من أسباب نشأة الشيوع

وقبل بيان أثر الوصية في نشأة الشيوع :

يجب التنبيه إلى أن الفقهاء اتفقوا على أن الوصية بأكثر من الثلث تتوقف على إجازة الورثة ، أو من في حكمهم ، كالمقر له بالنسب على الغير ، لأن النص على أن الله تعالى أعطانا حق التصرف في ثلث أموالنا في آخر اعمارنا لنتدارك ما فاتنا من الأعمال [١] ، أو تحقق مقاصدنا .

وأما الثلثان فهما حق الورثة بعد استيفاء حق الميت وحق الدائنين ، فإذا لم يكن للوصي ورثه البتة ، أو وجد من حرم من الإرث لمانع من موانع الميراث ، ولم يوجد من أقر له الموصي بنسب على الغير ، فإن الوصية تنفذ ولو كانت بكل التركة خلافا ، للشافعية [٢] ، والراجح عند المالكية [٣] في أن ما زاد على الثلث لا تجوز فيه الوصية ، لأن الزيادة متعلقة ببيت بالمال .

أثر الوصية في نشأة الشيوع:

تحدث الحنفية عن الوصية بالمشاع في معرض حديثهم عن الموصي به فقالوا :

إن الموصي به إذا كان معينا أو غير معين ، وهو شائع في بعض المال

---

١ - سنن الدار قطنى ٤ / ١٥٠ ، نيل الأوطار ٦ / ٤٣.

٢ - حاشية الجمل ٤/٤٩ - ٥٠.

٣ - حاشية الدسوقي ٤/٤٢٦.

يشترط وجوده عند الوصية وإن كان شائعا في كل المال ، فإنه يشترط وجوده عند الموت [1] . ويلاحظ أن هذا الشرط خاص بالأعيان كما أشار صاحب كتاب الوصايا في الفقه الإسلامي [2] . لأن المنافع أعيان متجددة فلا يشترط وجودها عند الإنشاء ولا عند الوفاة .

والأعيان الموصي بها إذا كانت جزءا شائعا:

في عين بذاتها ، فإنه لا بد أن تكون موجودة عند الإنشاء ، وتظل على ملك الموصي حتى الوفاة وإلا فإن الوصية تبطل ، هذا أحد رأيين عند الأحناف ، وهو مذهب المالكية ، وبه أخذ قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في المادة العاشرة .

ومثال ذلك:

أن يوصي رجل لشخص أو جهة بعشرين رأسا من غنمه ، وكان يوجد وقت الإنشاء عنده مائة رأس من الغنم ، فإن الوصية تتعلق وقت الإنشاء بعشرين رأسا شائعة فيها ، وكأن يوصي بثلث داره . [3]

أما إذا كان الموصى به ليس عيناً بذاتها بل قدرا شائعا في كل المال .

كالربع والثلث فيشترط وجوده عند وفاة الموصي لا عند أنشاء الوصية ، أي أن الوصية تتعلق بما له الموجود عند الوفاة لا عند إنشاء الوصية . [4]

أما إذا كان الموصي به شائعا في نوع من الأموال وقد عرف بالوصف كأن يقول :

أوصيت بثلث تجارتي ، أو كتبي ، أو غنمي فلأحناف يعطونه حكم الوصية بعين معينة بذاتها إذا كان شيء من ذلك موجودا عنده وقت

١- البدائع ٨ / ٣٦٨٠ وما بعدها بالمعنى، وحاشية أبن عابدين ٥ / ٤١٦ .
٢ - الوصايا لمذكور ص ٣٧٠.
٣ - الهداية ١٧٦/٤.
٤ - الوصايا لمذكور ص ٣٧٩.

الإنشاء ، إذ الإضافة إليه عندئذ تكون للعهد ، أما إذا لم يوجد عنده شيء من الموصي به وقت الإنشاء فإنهم يعطون هذا التصرف حكم الوصية بجزء شائع في كل المال . (1) .

وأضاف الحنفية:

أنه لو أوصى بثلث ماله لزيد ولآخر بثلث ماله ، ولم يجز الورثة هذا ، فالثلث بينهما نصفان .

وإن أوصى بثلث ماله لزيد ولآخر بسدس ماله ، فالثلث بينهما أو أثلاثاً . (2)

● حكم الوصية بكل المال عند الحنفية:

يرى الحنفية أن الرجل لو أوصى بجميع ماله لشخص ولآخر بثلث ماله ، ولم تجز الورثة ذلك فثلثه بينهما نصفان ، لأن الوصية بأكثر من الثلث إذا لم تجز تقع باطلة فيما زاد على الثلث فيجعل كأنه أوصى لكل بالثلث فينصف بينهما ، كما لو اوصى لكل منهما به حقيقة .

وقال صدر الشريعة ، أبن الكمال : يقسم الثلث بينهما أرباعا بأن يجعل لصاحب الكل ثلاثة أمثال ما يجعل لصاحب الثلث ، فيأخذ صاحب الكل من الثلث ثلاثة ارباعه ، ويأخذ صاحب الثلث الربع الباقي من الثلث . (3)

الوصية بنصيب الإبن أو بمثله عند الحنفية:

يرى الحنفية أنه لو أوصى بمثل نصيب ابنه صحت ، له ابن اولا ، وكان له الثلث إن أوصى مع ابنين ، والقياس أن يكون له النصف عند إجازة الورثة ، لأنه اوصى بمثل نصيب ابنه ، ونصيب كل واحد منهما النصف .

---

١ - تبيين الحقائق ٦/ ١٩٠ - ١٩١.

٢ - تبيين الحقائق ٦/ ١٩٠.

٣ - حاشية ابن عابدين ٥/٤٢٨.

والصحيح عند الحنفية أن الموصي له في هذه الصورة له ثلث المال ، لأنه أوصى له بمثل نصيب ابن معدوم فلا بد من أن يقدر نصيب ذلك الابن بسهم ومثله سهم أيضا ، فقد أوصى له بسهم من ثلاثة أسهم .

وإن اوصى بمثل نصيب ابنه مع أبن واحد ، فله النصف إن اجاز الزيادة وإلا فالثلث فقط ، وإن أوصى بمثل نصيب بنته وله بنت واحدة فله النصف إن أجازت وإلا فالثلث ، ومع البنتين له الثلث ، ولو كان مع ثلاث بنات فله الربع على الظاهر في المذهب الحنفي .

والأصل أنه متى أوصى بمثل نصيب بعض الورثة يزاد مثله على سهام الورثة ، فلو كان له ابن وبنت وأوصى بمثل نصيب البنت فله الربع ، ولو كان لها زوج وثلاث أخوات متفرقات وأوصت بمثل نصيب الأخت لأم ، فله العشر . [1]

ولو أوصى لرجل بنصيب ابنه لا تصح الوصية لو له ابن موجود ، وإن لم يكن له أبن صحت ، لأن نصيب الابن ثبت بنص القرآن ، فإذا أوصى به لرجل آخر فقد أراد تغيير ما فرض الله تعالى فلا يصح [2] ،لكن زفر وجمهور الفقهاء لم يتقيدوا بما يفيده ظاهر اللفظ ، وصححوا كلام الموصي وأجازوا هذه الوصية ، إذ المقصود منه الوصية بمثل نصيب الوارث ، وهذا رأي معقول وسليم ، وبه أخذ قانون الوصية . [3]

● الوصية بالمشاع عند المالكية:

يرى المالكية أن الرجل إذا أوصى بنصيب ابنه أو مثله ، فيأخذ الموصي له جميع نصيب ابنه وهو جميع المال إن انفرد الإبن وأجاز الوصية ، أو الباقي إن كان هناك صاحب فرض وكان الإبن اثنين واجازاها ، فإن لم

---

١ - تبيين الحقائق ١٨٨/٦.

٢ - حاشية ابن عابدين ٤٢٦/٥.

٣ - المرجع السابق، حاشيةالدسوقي ٤٤٦/٤، المغنى ٦ / ٣٢ .

يجز الواحد أو الاثنان كان له ثلثه ، وإن كانوا ثلاثة فقد أوصى بثلث ماله ولا يتوقف على إجازة ، فإن كانوا اربعة فقد أوصى له بربع المال أو خمسة فبالخمس أي اذا كانت الوصية لذكر قدر ذكرا زائدا على الأولاد الذكور ، وإن كان أنثى قدر زائدا على الأولاد الإناث .

وإن أوصى له بنصيب أحد ورثته أو بمثل نصيب أحدهم ولم يبين وترك ذكورا أو إناثا أو ذكوراً وإناثا ، فيحاسبهم بجزء من عدد رؤسهم ، وذلك بأن يقسم المال على عدد رؤسهم الذكر والأنثى فيه سواء ، ويعطي حظاً من ذلك ثم يقسم الباقي على فرائض الله .

فإن كان ورثته ثلاثة فله الثلث ، أو أربعة فله الربع ، أو خمسة فله الخمس ، ولا نظر لما يستحقه كل وارث .

وإن أوصى له بجزء ماله أو سهم منه حاسب بسهم من أصل فريضة ولو عائلة ، فإذا كان أصل التركة من أربعه وعشرين مثلا وعالت لسبعة وعشرين فله جزء من سبعة وعشرين ، ثم تقسم الستة والعشرون على الورثة . (1)

مذهب الشافعية في الوصية بالمشاع:

الوصية للوارث بقدر حصته مشاعا لا تصح ، فإذا كان له ثلاثة أولاد وأوصى لكل منهم بثلث ماله ، فلا تصح لأن كل واحد منهم يستحق بلا وصية ، وهذا إذا كان الموصي به يستوعب التركة ، أما إذا لم يستوعب التركة فتصح الوصية للوارث بقدر حصته أو مثلها .

وإن أوصى رجل بمثل نصيب ورثته أعطى مثل نصيب أقلهم نصيبا ، لأنه نصيب أحدهم ، ولأن الوصايا لا يستحق فيها إلا اليقين والأقل ، فإن كان سهم الزوجة أقل أعطيته مثل سهمها ، وإن كان سهم غيرها من

---

١ - حاشية الدسوقي ٤/٤٤٦ - ٤٤٧.

البنات أو بنات الإبن أقل أعطيته مثل سهمها ، وإن كان سهم غيرها من البنات أو بنات الابن أقل أعطيته مثله ، واعتبار ذلك باعتبار سهام كل واحد من الورثة من أصل فريضتهم ، فتجعل للموصي له مثل سهام أقلهم وتضمه إلى أهل الفريضة ثم يقسم المال بين الموصي والورثة على ما أجتمع معك من العددين .

ولو أوصى إليه بمثل أكثرهم نصيبا أعتبرته وزدته على سهام الفريضة ثم قسمت ما أجتمع من العددين .

ولو قال : أوصيت لكل بمثل نصيب أحد ولدي ، فله مع الأثنين الثلث ومع الثلاثة الربع حتى يكون كأحدهم ، ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ، وأجاز الورثة ، قسم المال بينهما على خمسة ، للموصي له بالثلث سهمان من الموصي به ، وللموصي له بالنصف ثلاثة أسهم ، فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسة كما سبق ، لأن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال ، قسم على التفاضل عند ضيق المال كالمواريث . (1)

● **الوصية بالمشاع عند الحنابلة:**

ذكر الحنابلة أن الرجل إذا أوصى بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه ، فإن أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنان ، فله الثلث على المذهب ، وله النصف على ما جاء في الفائق ، ويقسم النصف الباقي بين الإبنين .

وإن أوصى له بمثل نصيب ولده وله أبن وبنت ، فله مثل نصيب البنت ، وإن أوصى لرجل بجميع ماله ، ولآخر بنصفه ، فالمال بينهما على ثلاثة إن أجيز لهما .

وإذا أوصى لرجل بسهم من ماله ، أعطى السدس ، والرواية الثانية أنه يعطي سهما مما تصح منه الفريضة ، فينظركم سهما صحت منه

---

١ - تكملة المجموع ١٥/١١١-١١٧.

الفريضة ، ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصي له ، هذا ما لم تزد على السدس ، فإن زاد السهم على السدس ، فله السدس لأنه متحقق .

وإذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى ، فإن كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين ، فله مثل نصيب أحدهم ما زاد على الفريضة ، ويجعل كواحد منهم زاد فيهم .

وإن كانوا يتفاضلون فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزاد على فريضتهم ، وإن أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة . [1]

ونستنتج مما سبق

أن الوصية كثيرا ما تتسبب في نشأة الشيوع ، لأن الفقهاء اتفقوا على أن الوصية محصورة في الثلث من التركة بغض النظر عن خلافهم فيما إذا زادت الوصية عن الثلث ، إلا أن الثلث غالبا ما يكون شائعا في التركة غير مفرز ، وهذا هو الشيوع بعينه .

وغالبا ما تكون الوصية لأكثر من واحد في ثلث التركة دون تعيين لحصة أحدهم ، فيكون الثلث بينهم بالتساوي عند الإطلاق ، وهذا هو الشيوع الذي نبحث عن سببه .

وقد يوصى الموصى بمثل نصيب أحد الورثة ، ونصيب الوارث في التركة مقدر بالنصف أو الربع أو الثمن ونحو ذلك ، وهذا القدر شائع في التركة ، فيكون للموصي له قد ر شائع في التركة كما للوارث إذا لم يزد هذا القدر على الثلث ، وهذا هو الشيوع الذي نبحث عن أسبابه .

وخلاصة القول:

أن الوصية تعد أحد المصادر الرئيسية التي تنشىء الشيوع في الفقه الإسلامي . . . والله أعلم .

---

١ - الإنصاف ٧/ ٢٧٥، المغنى ٦/ ٢٩-٣٢.

المبحث السادس
في
اسباب الملك

سبق وأن تكلمنا عن أسبا الملك التام عند الحديث عن أنواع الملك وذلك على سبيل الإجمال ، وهنا نتحدث عن بعض هذه الأسباب بالتفصيل وذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول
في
الاستيلاء على المال المباح

المراد بالاستيلاء هو حيازة الشيء المباح ووضع اليد عليه .

والمراد بالأموال المباحة جميع ماخلقه الله لعباده من مخلوقات في البر أو البحر أو الهواء ، كالحيونات في الفلاة ، والأسماك ونحوها في المياه ، والطيور في الهواء ، والأشجار التي تنبت في الجبال أو الصحراء أو الغابات وليست مملوكة لأحد ، وكذا ما يكون فيها من الأثمار ، والمعادن في باطن الأرض ، وكنلك الأرض إذا كانت مواتا ، وما أشبه ذلك ، فكل هذه أموال مباحة تملك بإحرازها ووضع اليد عليها ، فإذا استولى عليها الإنسان ملكها وحده دون غيره ولم يستطع غيره أن يملكها إلا عن طريقه بسبب ناقل للملكية .

وكل المباحات يشترك الناس في الأنتفاع بها شركة إباحة لا شركة ملك .

ولا يتحقق الإحراز ولا يكسب ملكية إلا مع القصد إليه ، فمن وضع طستا فوق سطح داره بقصد حفظه لا يكون محرزا لما يتجمع فيه من ماء

المطر ، ولا يملك هذا الماء بسبب ذلك ، لأنه لا يعد إحرازا لإنعدام القصد إليه [1]

والاستيلاء على المال المباح يتنوع بتنوع المال نفسه نظرا لطبيعته ، ولهذا كانت له أنواع نفصلها من خلال الفروع الآتية :

---

١ - مختصر أحكام المعاملات للخفيف ص ٢٦

الفرع الأول
في
الصيد

الصيد: هو أقتناص الحيوان المباح الممتنع عن الأنسان وأخذه بحيلة ودقة نظر إما لطيرانه في الهواء، أو اعتصامه بالتلال والجبال، أو بفراره في الغابات، أو بسباحته في الماء، وحيوانات الصيد أموال مباحة سواء أكانت مأكولة اللحم أم لا، فإذا خرجت عن امتناعها بأن وقعت في يد الإنسان فإنها لا تسمى عند ذاك صيد.

حكم الصيد: وقد أحل الله الصيد إلا اذا كان الصائد محرما، أو كان الصيد في الحرم، قال تعالى [1] : **﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم﴾**، ثم قال: **﴿وإذا احللتم فاصطادوا﴾**، وقال: **﴿أحل لكم صيد البحر وطاعمه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾**

فصيد البحر حلال دائماً، أما صيد البر فهو حلال في غير الحرم إلا إذا كان الصائد محرماً بحج أو عمرة، كما أن ما تمسكه الحيوانات المدربة على الصيد حلال أكله، لأن الشارع اعتبر مسك الصيد من قبل الحيوان المدرب كزكاة له أي كالذبح المشروع، إلا أنه يشترط تسمية الله عند ارسال الحيوان المعلم على الصيد أو استعمال آلة الصيد كالبندقية، قال تعالى[2] : **﴿يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه﴾**.

١- المائدة ١، ٢، ٩٦.

٢ - المائدة ٤.

ويشترط في الصيد ليكون سبباً للملك أن يتحقق به الاستيلاء ، سواء أكان استيلاء حقيقياً أم استيلاء حكيماً .

■ حكم الاستيلاء الحقيقي:

ويكون بامساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو حبيس في المصيدة أو متعلق بها ، بحيث لو مد الصائد يده إليه لأمسكه .

وهذا النوع من الاستيلاء يثبت ملك الصيد ملكاً مستقراً من غير حاجة إلى نية وقصد إلى الصيد .

فإذا انفلت الصيد بعد ذلك لم يخرج عن ملكه ، فلو أخذه لا يملكه ، لأنه بالاستيلاء الحقيقي صار مملوكاً للصائد الأول وخرج به عن إباحته الأصلية ، ويجب على من أخذه أن يرده إلى مالكه الأول ، إن كان به علامة تدل على ذلك ، فإن لم يكن به علامة كان بمثابة اللقطة ، فيجب عليه أن يعرفه ، فإن ظهر صاحبه أخذه وإلا تصدق به على الفقراء ، وهذا هو مذهب الجمهور[1] .

أما على رأي المالكية ، فإنهم يفرقون بين حالتين :

١ - إذا استأنس الصيد ثم فر بعد ذلك تبقى ملكيته لصائده ، وعلى من يمسكه أن يرده عليه إلا إذا ظل فاراً حتى عادت إليه وحشيته وزال استئناسه ، فهو لمن يمسكه .

٢ - إذا فر قبل أن يستأنس عند صائده تزول عنه الملكية ، ويعود ما لا مباحاً ، وهو لمن يصيده . [2]

■ حكم الاستيلاء الحكمي: [3]

يتم بواسطة آلات الصيد وحدها ، يشترط أن يصير به الصيد غير ممتنع

---

١ - البدائع ١٩٣/٦.

٢ - منح الجليل ٥٨٥/١.

٣ - مختصر أحكام المعاملات ص ٢٧-٢٨ .

وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية ، ويكون ذلك إذا أمكن أخذه والقبض عليه بدون معاناة أو استعمال وسائل أخرى من وسائل الصيد .

وبتعبير آخر يتحقق الاستيلاء الحكمي بتهيئة الصيد لأن يستولى الصائد استيلاء حقيقياً بأخذه فعلاً أو بالتمكن من أخذه فعلاً ، وذلك كنصب شبكة يتعلق بها الصيد ولا يجد مخرجاً منها .

وهذا النوع من الاستيلاء الحكمي يفيد ملكاً غير مستقر ، بمعنى أن الصيد إذا تمكن بطريقة ما أن ينفلت من المصيدة قبل أن يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقياً ، فإنه يعود ما لا مباحاً لا ملكية لأحد عليه ، وهو لمن يصيده .

أما إذا تبع الاستيلاء الحكمي استيلاء حقيقي ، فإن الملكية التامة المستقرة تثبت عليه ، وفي هذه الحالة إذا فر الصيد ، فهو لمالكه كما ذكرنا أولاً .

ويثبت الاستيلاء الحكمي وما يتبعه من ملكية بأحد أمرين:

١ - أن يقصد الصيد بهذا العمل ، فإن قصد شيئاً آخر غير الصيد لم يصر الصيد ملكاً له إلا إذا حضر وأمسك الصيد بيده ، أو كان قريباً منه بحيث لو مد يده إليه أخذه .

٢ - أن يكون العمل معجزاً للصيد عن الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية التي كان عليها بحيث لا يحتاج في أخذه إلى استعمال وسيلة أخرى .

وعلى هذا لو أن شخصاً وضع شبكة أو نصب شركاً لأجل الصيد ، فتعلق به صيد كان ملكاً له ، ولو وضعه لأجل تجفيفها فوقع فيها صيد ، لم يصر ملكا له إلا إذا جاء وأخذه ، أو كان قريباً منه ، بحيث لو مد يده

أخذه ، لأن الاستيلاء عليه استيلاء حقيقياً لا يتحقق إلا بأحد الأمرين السابقين .

وإذا كانت الآلة ليست للصيد فتعلق بها صيد ، لم يملكه صاحبها إلا إذا كان قد وضعها بقصد الصيد ، فإن لم يقصد بوضعها الاصطياد لم يملكه بتعلقه بها كما سبق ، وإنما يملكه إذا أخذه بأي سبب واستولى عليه ، ويكون الملك عندئذ بالاستيلاء وليس بالصيد ، لأن الملك بالصيد يشترط به نية الصيد إذا كانت الآلة ليست للصيد ، ويشترط إلا ينوي غرضاً آخر غير الصيد في آلة الصيد .

ويتبين لنا مما سبق : أن الاستيلاء الحقيقي يفيد الملك ولا يحتاج إلى قصد ويثبت به ملك الصيد ولا يستقر ولا يخرج عن ملك صاحبه بالفرار بعد ذلك ، أما الحكمي فإنه يفيد ملكاً غير مستقر ويبقى كذلك حتى يوجد الاستيلاء الحقيقي على الصيد كما سبق تفصيله .

حكم من أعد بركة لصيد السمك : [1] يختلف الحكم باختلاف كثرة الماء وقلته ، فإذا كان الماء كثيراً بحيث لا يمكن أخذ السمك من البركة إلا بحيلة ، لا يكون السمك الموجود فيها ملكاً لصاحبها ، ولو صاده غيره ملكه ، وإن كان الماء قليلاً بحيث يستطيع أخذ السمك منه باليد كان ملكاً له ، فلا يجوز لغيره أخذه .

---

١ - النظريات الفقهية فراج والسريتي ص ٥٨.

الفرع الثاني
في
الكلأ والاجام

الكلأ: هو الحشائش التي تنبت في الأرض ، فإن كانت الأرض غير مملوكة ، فهو على الإباحة ، وإن كانت مملوكة ، لم يكن ملكاً لصاحب الأرض ، وكان حقه فيه كحق سائر الناس ، ولا يملكه إلا بإحرازه ، ويعمل الإمام الكاسانى الحنفي ذلك بأن الأرض لا تملك عادة لغرض استغلالها بالكلأ ، أي أن الكلأ غير مقصود عادة من تملك الأرض فيبقى على الإباحة (١) .

وقد أختلف في قيامه على سقيه ، أيعد احرازا يملكه به أولا؟ وظاهر الرواية أنه لا يعد احرازا ، لعموم قوله ﷺ :«الناس شركاء في ثلاثة: **الماء والكلأ والنار**». (٢)

وذهب القاسم بن سلام إلى أن اباحة الكلأ وشركة الناس فيه إنما هو بالنسبة للنابت في أرض غير مملوكة ، وهذا معنى الحديث عنده ، أما إذا نبت الكلأ في أرض مملوكة ولو بدون عمل من صاحبها ، فإن الكلأ يكون لصاحب الأرض ، ولكن لا يطيب له منه إلا بمقدار حاجته ، ولا يحل له أن يمنع أحدا من الإنتفاع بالزائد عن حاجته ، لقوله ﷺ :«لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ) . (٣)

أما الآجام ، فهو آجم جمع أجمة ، وهي الأشجار الملتفة ، . وحكمها : أنها تكون مباحة إذا وجدت في أرض غير مملوكة . أما إذا كانت في

---

١ - البدائع ١٩٢/٦.
٢ - الأموال لأبى عبيد ص ٢٩٧-٣٠٠.
٣ - المرجع السابق.

أرض مملوكة ، فهي لصاحب الأرض ، ولا يجوز لأحد الإنتفاع بها بدون إذن صاحبها ، وفارقت الكلأ في الحكم ، لأن الأرض تمتلك لاستثمارها بما ينبت فيها من أشجار ، ولا تمتلك لاستثمارها بالكلأ عادة فأفترق الحكم بينهما [1] .

١ - الخراج لأبي يوسف ص ١٠٣-١٠٤.

الفرع الثالث
في
المعادن والكنوز

الركاز: أسم جمع واحده ركزة ، وهو فعال بمعنى مفعول أي مركوز كالبساط بمعنى المبسوط ، وفي القاموس : الركاز ما ركزه الله في المعادن «أي أحدثه» ، وهو أيضا دفن الجاهلية ، والمعادن في هذه العبارة المحال جمع معدن ، وهي محال الفلز من الأرض ، من عدن بالمكان إذا أقام فيه ، ومن ذلك (جنات عدن) أي جنات الإقامة ، وعلى ذلك كان إسم الركاز دالاً على ما يحويه باطن الأرض من فلزات ، كالذهب والفضة والنحاس مما يسمى في عرفنا بالمعادن ، وعلى ما يدفنه الإنسان فيها من الأموال وهو ما يعرف بأسم الكنز ، ويطلق الكنز أيضا على ما اندفن في الأرض بحادث من الحوادث كالخسف أو الزلزال ، ويسمى المعدن والكنز بإسم الركاز عند فقهاء العراق (١) .

وغيرهم من الفقهاء يفرقون بين الإثنين ، فمنهم من يقصر إسم الركاز على الكنز ، ومنهم من يجعله اسما للمعدن دون الكنز (٢) .

أنواع المعادن والفلزات : المعدن ثلاثة أنواع :

١ - صلب قابل للطرق والسحب والإنطباع بالنار : كالذهب والفضة والنحاس والحديد ، فتصنع منه الصفائح والأسلاك .

٢ - صلب لا يقبل الإنطباع بالنار ويتفتت بالطرق كالماس والياقوت ونحوها .

٣ - سائل كالزئبق والبترول .

---

١ - المبسوط ١١٢/٢ .

٢ - الأموال لابن سلام ص ٣٣٨-٣٤٠.

أحكام المعادن : أختلف الفقهاء في حكم المعادن على أقوال :

١ - عند الحنفية [١] : تعتبرالمعادن تابعة للأرض فتأخذ حكمها ، فإن كانت في أرض مملوكة ،فهي لمالك الأرض ، وإن كانت في أرض مباحة ، فهي مباحة ، وتكون لواجدها أي لمن يستول عليها ويحوزها .

ودليل هذا : أن المعادن جزء من الأرض ، والجزء يأخذ حكم الكل ، فإذا كانت الأرض مملوكة كان المعدن لمالكها وإلا فلا .

وعلى هذا يكون الاستيلاء على المعادن الموجودة في الأرض المباحة من أسباب الملكية .

٢ - عند المالكية [٢] : أشهر أقوالهم أن المعادن بأنواعها ملك لعموم المسلمين أي للدولة ، سواء وجدت في أرض مملوكة أو غير مملوكة .

وأمرها للإمام يستغلها بعماله لمصالح المسلمين ، أو يقطعها لمن يشاء نظير مال يصرف في مصالحهم أو مجانا إن رآى مصلحتهم في ذلك ، وإذا أقطعها لم يجز له أن يقطعها تمليكاً ، وإنما يقطعها انتفاعا لمدة معينة أو مدة حياة من أقطعه إياها ، ولذا لا يرثها من بعده ورثته ، بل يرد الأمر فيها إلى الإمام .

وقد علل المالكية هذا الحكم بأنه اقتضته المصلحة ، لأن المعادن قد يجدها شرار الناس ، فإذا تركت لهم أفسدوا ، ولأنها على العموم مدعاة إلى التحاسد والتقاتل ، فكانت لجماعة المسلمين ، درءاً لهذه المفاسد وجلبا لما يترتب على ذلك من مصالح .

وعلى هذه الرواية لا يكون الاستيلاء على المعادن من أسباب الملكية حتى ولو كان المعدن في أرض مملوكة .

---

١ - البدائع ٢/٦٥.

٢ - الشرح الصغير ١/٣٥٩.

وللمالكية رواية تتوافق مع ما قال به الحنفية ، والرواية الثالثة فرقوا فيها بين الذهب والفضة وبين غيرهما من المعادن ، وقالوا في الذهب والفضة بما قال أصحاب الرواية الأولى وقالوا في غيرهما بما قال أصحاب الرواية الثانية .

٣ - يرى الحنابلة [١] أن المعادن في الأرض المباحة إن كانت من المعادن الظاهرة التي يمكن الوصول اليها بلا كلفة ولامؤنة أو بشيء يسير من المؤنة ، فإنه لا تملك بالاستيلاء عليها وإن كانت أرضها مباحة ، لتعلق حق الكافة في الأنتفاع بها ، ولا يجوز للدولة أن تملكها لأحد أو تقطعها لأحد من الناس وإنما عليها أن تتعهدها وتقوم عليها بالنحو الذي يحقق النفع للجميع .

أما المعادن التي لا يمكن التوصل إليها إلا بكلفة وجهد ، فظاهر المذهب الحنبلي والشافعي أنها لا تملك بالاستيلاء عليها .

وفي قول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة أنها تملك بالاستيلاء عليها .

أما إذا كانت الأرض مملوكة، فيفرق الحنابلة بين المعادن الجامدة والسائلة:

فالأولى تكون لمالك الأرض ، لأنه مالك للكل ومن يمك الكل يملك الجزء .

أما الثانية ، ففيها روايتان أظهرهما : لا تملك ، لأن هذه المعادن ليس جزءاً من الأرض ، فلا تملك تبعاً لها ، والرواية الثانية : يملكها صاحب الأرض ، لأنها خارجة من ملكه فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة .

والراجح من الآراء ما ذهب إليه المالكية لما في هذا الرأي من تحقيق

١- المغنى ٥/ ٥٢٠-٥٢٢.

مصلحة عامة .

ويرجع في زكاة المعادن والكنوز إلى تفصيلات الفقهاء في باب الزكاة ، وإلى كتابنا (الزكاة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة) .

■ **حكم الكنز:**

الكنز في نظر الفقهاء نوعان : إسلامي وجاهلي .

فالإسلامي : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام عليها ، أو علم ذلك بأي طريق من الطرق .

والجاهلي : ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه دفن في أرضه قبل ظهور الإسلام عليها ، أو علم ذلك بأي طريق من الطرق .

فإن جهل حاله ، فمن الفقهاء من اعتبره جاهلياً ، لأن أكثر ما يوجد من الكنوز إنما هو لأهل الجاهلية ، ومنهم من ذهب إلى اعتباره إسلامياً . (١)

■ **حكم الإسلامي:** لا يعد من الأموال المباحة ، لأنه مملوك لصاحبه ملكاً محترماً ، فلا يملكه واجده ، وإنما يعد لقطة ، فيجب تعريفها حتى يظهر صاحبها ، فإن يئس من معرفته حفظت أو تصدق بها عند أبي حنيفة ، وملكه واجده بعد التعريف والانتظار عند الشافعية والحنابلة ومتى ظهر صاحبه وجب عليه أن يرده عندهما ، وعند المالكية إذا لم يظهر صاحب الكنز ، فهو لبيت المال إذا كان الكنز فى أرض فتحها المسلمون قهراً ، وإلا فيكون لواجده . (٢)

■ **حكم الجاهلي:** أما الجاهلي فخمسه لبيت المال ، لقوله عليه السلام «وفي الركاز الخمس» ، وباقي الكنز يعتبر مالاً مباحاً عند أحمد ،

---

١ - الملكية الخفيف ص ٢٩٤ .

٢ - المغنى ٥/٦٣١-٦٣٦.

فتكون ملكاً لو اجده ، سواء أكان في أرض مملوكة أو غير مملوكة ، ويرى بقية الفقهاء أن أربعة أخماسه تكون لواجده ، إن وجده في أرض غير مملوكة ، فإن وجده في أرض مملوكة لغيره أو مملوكة له بشراء مثلاً ، فإن الأربعة أخمسا تكون ملكاً لأول من أعطيها عند الفتح ولورثته من بعده إن عرفوا ، أو لأول من أحياها ولورثته من بعده إن عرفوا ، فإن لم يعرفوا ، فإنها تكون لبيت المال عند البعض ، أو لأقصى مالك معروف للأرض عند البعض الآخر . (١)

ووجب الخمس في الكنز الجاهلي لاعتباره من الغنائم ، إذ أنه مال غلب عليه المسلمون ، وفيما غلب عليها المسلمون الخمس .

غير أن الشافعى لا يرى ايجاب الخمس إلا فيما كان من ذهب أو فضة بشرط أن يبلغ نصاباً ، فإذا لم يكن ذهباً ولا فضة ، أو كان منهما وليس منه ما يبلغ نصاباً فلا شيء فيه ، ويرى مالك لإيجاب الخمس في الكنز ألا يحتاج في استخراجه والحصول عليه إلى كثر من النفقة أو كثير من العمل ، وإلا كان الواجب فيه ربع العشر فقط . (٢)

---

١ - الملكية الخفيف ص ٢٩٦.

٢ - المراجع السابقة.

المطلب الثاني
في
إحياء الأرض الموات

الأرض الموات في اللغة : هي التي لا مالك لها .

وعند الفقهاء [1]: هي الأرض الاتي لا يملكها أحد ولم يتعلق بها حق أحد ولا ينتفع بها ، إما لعدم وصول الماء إليها ، وإما لغلبته عليها ، وإما لسوء تربتها لأنها أرض سبخة أو كثيرة الحصا ، وإما لغير ذلك من الأسباب التي حالت دون الانتفاع بها .

ويترتب على التعريف السابق ما يأتى:

١ - الأرض المملوكة لا تكون مواتاً ، وإن كانت غير منتفع بها بأن تركها صاحبها حتى صارت خربة مهجورة فلا تملك بالاحياء .

٢ - الأرض الداخلة في العمران لا تكون مواتاً ، فلا تملك بالاحياء لأن الشرط أن تكون خارجة عنه .

٣ - الأرض المنتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع لا تكون مواتاً ، كالأرض التي تعلق بها حق ارتفاق للقرية بأن تكو ن مستودعاً لقمامة القرية أو مطرح أتربتها أو مكاناً لحصائدها أو محتطباً لها أو مسيلاً لمائها أو مسرحاً للنعم ، أو مناخاً للإبل أو نحو ذلك لم يكن احياؤها سبباً لتملكها .

ومناط تعلق هذا الحق بها عند أبي يوسف صلاحيتها لذلك لقربها من البلد ، فالأرض القريبة لا تملك بالأحياء ، لعدم تعلق حق أهل البلد بها .

---

١ - مختصر أحكام المعاملات ص ٣٠-٣١ .

وحد البعد مختلف فيه بين الفقهاء ، والأولى تركه للعرف كما هو مذهب الحنابلة والشافعية .[1]

ويرى محمد أن حق أهل البلد لا يتعلق بها إلا إذا انتفعوا بها فعلاً ، فإذا كانوا لا ينتفعون بها فعلاً كانت مواتاً وملكها من أحياها وإن كانت قريبة ، وهذا ظاهر الرواية .

وعلى ذلك فيما يوجد من الأرض الرملية بجوار المدن مما لا ينتفع به يعتبر مواتاً عند محمد ، فيملك باحيائه أو بالبناء عليه ، وليس بموات عند أبي يوسف ، فلا يملك بالبناء عليه .

وإما إذا لم يتعلق بها حق ارتفاق بأن كانت بعيدة عن العمران ، أو غير منتفع بها ، كما قدمنا ، فإنها تعتبر مواتاً وحينئذ تملك بالإحياء .

■ **سبب تملك الأرض الموات:**

يرى الأحناف أن للإمام أن يقطع الأرض الموات لمن شاء ممن يرى أن من المصلحة اقطاعها إياه ، غير أنها لا تصير ملكاً لمن اعطيت له ، وإنما يثبت لديه حق احتجازها لإحيائها مدة ثلاث سنوات ليملكها بذلك ، فإذا مضت دون أن يعمرها بطل حقه وكان للإمام أن يعطيها لغيره .

ويرى مالك أن للإمام أن يقطع لمن يرى أن من المصلحة اقطاعه ، وتصير بذلك ملكاً له يتصرف فيها وإن لم يحييها ، وهذا ما ذهب إليه الشافعية إلا أن الاقطاع هذا من باب التحجير ولا يثبت به الملك إلا بالإحياء ، وهذا ما ذهب إليه أيضاً الإمام أحمد ، والإرض الموات تملك بالاستيلاء عليها بوضع اليد ، غير أن اليد على المال المنقول تكون ظاهرة ، وعلى العقار لا تظهر إلا بظهور أثرها من الانتفاع به والعمل به ، ولذلك لا يكون احرازه والاستيلاء عليه إلا باحيائه حتى تظهر

١- الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧١، المغنى ٥/٥١٧.

حيازته ، فلا يطلبه الناس ، وبهذا جاء قول الرسول ﷺ : «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» .

ويتحقق الإحياء بجعل الأرض صالحة للزراعة أو الانتفاع بها بغير زراعة ، وذلك بإزالة الأسباب التي تحول دون ذلك ، فإذا كانت مغمورة بالماء كان برفع الماء منها ومنعه عنها بإقامة السدود التي تحول دون ذلك ، وإذا كانت بعيدة عن الماء محرومة منه كان بإيصال الماء إليها وذلك بشق المجاري وحفر الترع والآبار ، وإذا كانت سبخة كان بتحويلها بواسطة الماء والري ونحوه إلى أرض صالحة للزراعة ، كما يكون احياؤها بالبناء عليها بإقامة الأسوار أو جعلها مخزناً أو نحو ذلك من الأعمال التي تجعلها صالحة للانتفاع بها .

وذهب الإمام أحمد في إحدى رواياته إلى أن الإحياء يكون بما يعده العرف احياء ، وذلك يختلف بأختلاف الأعراف ، فيعد إحياء حفر الآبار في الأرض ، وإنشاء المراوي والمصارف فيها ، وتسويتها .

إذن الإمام بالإحياء: قلنا إن أحياء الأرض سبب لتملك الأرض الموات ، ولكن هل يشترط فيه إذن الإمام أم لا؟

ذهب الإمام أبو حنفية إلى أن الأمام شرط لتملك الأرض بالإحياء ، لأن الإحياء بدون إذن الإمام قد يؤدي إلى الشحناء والنزاع ، فلا بد من الإذن لدفع هذا الفساد ، ولأنه قد ورد عن النبي ﷺ - : «ليس للمرء إلا ما طلبت به نفس إمامه» ، وإنما تطيب نفس الإمام بإذنه [1] .

وذهب الشافعي وأحمد إلى أن الإذن ليس بشرط لملك الأرض بالإحياء ، ودليل ذلك عموم قوله - ﷺ - «من أحيا ارضا ميتة فهي له» ، وليس فيه شرط إذن الإمام ، فلا يصح اشتراطه [2] .

---

١ - الخلاف للطوسي ٢٢/٣ ، الخراج لأبي يوسف ص ٦٤.

٢ - المغنى ٥٤٣/٥ .

والراجح الرأي الثاني لأن الحديث الثاني أصح سندا من الأول ، ولكن اذا وقع خلاف أو ضرر ، فنأخذ برأي أبي حنيفة بما بإشتراط إذن الإمام عملا بقوله ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق» .

التحجير: إذا عمل في الأرض الموات من وضع يده عليها عملاً لا تصير به منتفعا بها كان ذلك تحجيرا : كأن يضع عليها علامات تدل على سبق يده إليها وعلى شروعه في عمارتها ، ومن ذلك تسويرها بأحجار لم تتخذ شكل البناء ، وقطع حشائشها وأشواكها الخ ، فهذه الأفعال لاتعتبر إحياء ، وإنما تدل فقط على سبق وضع اليد عليها ، ولا يترتب على التحجير ملك لصاحبه ، وإنما يعطيه حق الأولية بالإحياء ، فيكون أحق من غيره في إحيائها ، وهذا الحق موقوف على ثلاث سنوات ، فإن احياها خلال هذه المدة فهي له ، وإن لم يحييها جاز للإمام نزعها منه وإعطائها لغيره لقوله ﷺ : «من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لمحتجر بعد ثلاث سنين» ، ويروى هذه أيضا منسوبا لعمر بن الخطاب دون النبي ﷺ ، ولكن يحمل على سماعه منه [١] .

وثبوت حق المحتجر في هذه المدة لا يمنع غيره من تملكها بالإحياء ، عند الشافعية ، وبعض الحنابلة والحنفية ، وحجة هؤلاء أن سبب الملكية الإحياء إلا التحجر ، فمن قام به ثبت له الملك .

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الأرض لا تملك بالإحياء من قبل الغير في هذه المدة ، لأن حق المتحجر في الأرض هو مانع للغير من إحيائها وتملكها بهذا السبب [٢] .

حكم الأرض بعد تركها أو تعطيلها:

إذا أحيا شخص أرضا مواتا فتملكها ثم هجرها وعطلها حتى عادت

---

١ - الأموال لابن سلام ص ٢٩٠.

٢ - الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٢.

مواتا فهل تزول عنه عنه ملكيتها وتعود مالاً مباحا أم تبقى ملكا له؟

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا : فإن كانت الأرض لمعين تبقى على ملكه ولا تملك بالإحياء ، وهذا قول الحنابلة والشافعي وأبي حنيفة ، لأن هذه أرض مملوكة ، ثبت ملكها بسبب مشروع فلا يزول عنها الملك بالترك والتعطيل كسائر الأملاك الثابتة بالشراء .

وقال مالك : بل تصير مالا مباحا فتملك بالإحياء ، لعموم قول ﷺ - : (من أحيا أرضا ميتة فهي له) .

وإن كانت لغير معين أي غير معروف ، فإنها لا تصير مالا مباحا فلا تملك بالإحياء ، وتكون لبيت المال إرثاً ، وبهذا قال بعض الحنابلة وبعض الشافعية .

والقول الثاني عند الحنابلة أنها تعود مالا مباحا ، فتملك بالاحياء ، تشبيها لها بالموات التي لم يجر عليها ملك مالك ، وهذا أيضا قول مالك وأبي حنيفة .[1]

١- المغنى ٥/٥١٣-٥١٥.

المطلب الثالث
في
العقود الناقلة للملك

وهذه العقود كثيرة ، منها : البيع ، الهبة ، والصدقة ، والوصية بالأعيان ، والصلح ، والزواج بالنسبة للمهر إذا كان عينا ، والفرقة بين الزوجين على مال بالنسبة إلى ذلك المال ، والإجارة بالنسبة إلى الأجرة إذا كانت عينا ، والتنازل عن بعض الحقوق نظير المال بالنسبة إليه .

وهذا السبب لا يكون إلا في الأموال المتقومة ، وهي الأموال المملوكة التي يجوز الإنتفاع بها ، فتنتقل به ملكيتها من شخص لآخر بناء على تراضيهما ، ولا يكون في الأموال المباحة ولا فيما يجوز الأنتفاع به ، فلا يباع المال المباح ولا يوهب ولا يتصدق به ، ولا يكون مهرا ولا بدلا عن فرقة أو منفعة أو حق ولا بدلا في صلح ، وإذا جعل مهرا أو بدلا لم يجب ، كما لا يباع الخمر والخنزير بين المسلمين ، ولا يوهبان ولا يجعلان ثمنا ، ولا يوصي بهما ، ولا يصلحان مهرا ولا أجرة ولابدل صلح ، وإذا جعلا لم يجبا بالعقد ولم يظهر فيهما أثره . (١)

وسيأتي القول عن العقود وأنواعها فيما بعد .

---

١ - مختصر أحكام المعاملات للخفيف ص ٣١-٣٢.

المطلب بالرابع
في
الميراث

الميراث: خلافة جبرية بحكم الشارع لا دخل فيها لارادة الإنسان ، وبهذا السبب الشرعي تثبت خلافة الوارث فيما يملكه ، فيحل محله فيما كان له من أموال وحقوق ماله في لحظة وفاته ، فتنتقل تركة الميت إلى ورثته الشرعيين بنسبة سهامهم المقدرة شرعا دون ايجاب أو قبول سواء أكانت تركة الميت منقولا أو عقارات ، وتكون ملكية الوارث لهذه التركة بعد سداد ما عليها من ديون ، وبعد تنفيذ وصايا الميت في حدود ثلث التركة وفيما زاد على الثلث إذا أجازه الورثة ، فإن لم يكن للميت وارث وضعت التركة في بيت المال ، إما على إعتبار أنها إرث أو على اعتبار أنها مال لا مالك له [1] وتفصيل هذه الأحكام يأتي في موضعه . والله أعلم .

---

١ - المدخل لدراسة الشريعة لزيدان ص ٢٦٤.

الفصل الرابع

نظرية العقد

الفصل الرابع
في
نظرية العقد

تمهيد: ويتضمن :

١- تعريف العقد :

أولا : معنى العقد في اللغة :

يطلق العقد في اللغة على معان كثيرة منها : -

الربط ، والشد ، والإحكام ، والتوثيق ، والجمع بين أطراف الشيء وربطها .

وفي الشهاب على البضاوي [1] : وأصل معنى العقد الربط محكما ثم تجوز به عن العهود وعقود المعاملات .

ومن معنى الربط الحسي بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي بين كلامين .

ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية أخذ اللفظ وأريد به العهد ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق . [2]

والظاهر أن استعمال العقد في الربط المعنوي ليس من باب المجاز لأن العقد أسم لمطلق الربط ، فيكون الربط المعنوي من اطلاقاته كالربط الحسي ويدل على ذلك اطلاق علماء اللغة العقد على الربط . [3]

والربط أعم من أن يكون حسيا أو معنويا، ولهذا يقول الشوكاني [4]: (العقود العهود ، وأصل العقود الربوط واحدها عقد ، ويقال : عقدت

---

١ - ٢٠١/٣.

٢ - الملكية لأبى زهرة ص ١٩٩.

٣ - مختار الصحاح ص ٤٤٥ .

٤ - فتح القدير للشوكاني ٣/٢.

الحبل والعهد ، فهو يستعمل في الأجسام والمعاني ، واذا استعمل في المعاني أفاد أنه شديد الإحكام قوى التوثيق) .

ثانيا: معنى العقد في اصطلاح الفقهاء:

يطلق العقد عند الفقهاء على معنيين هما:

أ - المعنى الخاص أو المعنى الشائع المشهور : وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه . (١)

وعلى ذلك فما يتم بكلام طرف واحد لا يكون عقدا من العقود كالطلاق والعتق المجردان عن المال والوقف ، الإبراء والنذر واليمين والتنازل عن الحقوق كحق الشفعة ونحو ذلك .

والإيجاب : وهو ما يصدر أولا من أحد العاقدين معبراً عن ارادته في انشاء العقد .

أما القبول: فهو ما يصدر ثانيا بعد الايجاب معبراً عن موافقته عليه . (٢)

وسنذكر مذهب جمهور الفقهاء مفصلا فيما سيأتي: -

فمثلا : لو قال شخص لآخر بعتك داري بمبلغ كذا ، وقال الآخر وأنا قبلت شراءها منك بهذا المبلغ ، ويقال حينئذ أنه قد حصل بينهما عقد بيع باللفظ .

وسمي ما صدر من البائع أولا ايجابا ، وما صدر من المشتري ثانيا قبولا .

وسميت الدار مبيعا أو معقودا عليه أو محل البيع ، والمبلغ ثمنا ، وسمي كل من البائع والمشتري عاقدا ، وهما معا عاقدين أو متابيعين .

---

١ - المادة ٢٦٢ من مرشد الحيران.

٢ - فتح القدير ٧٤/٥.

وسمي الأثر المترتب على عقد البيع (وهو تملك المشتري للدار وتملك البائع للثمن حكم البيع ، وسمي مجموع اللفظين اللذين هما الإيجاب والقبول صيغة العقد) .

ب - المعنى العام:

ومن الفقهاء من عرف العقد بتعريف أعم من التعريف السابق فقالوا : (العقد كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي ، سواء أكان صادرا من طرف واحد كالنذر ، أم صادراً من طرفين متقابلين كالبيع والاجارة) . [1]

وبهذا قال الجحاص من فقهاء الحنفية . [2]

وتعريف العقد بهذا المعنى - كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي- أظهر في كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه في كتب الحنفية . [3]

ويذهب البعض إلى أنه ينبغي أن يحمل قول من عرف العقد بأنه كل تصرف شرعي ينشأ عنه حكم شرعي - على أن المراد بالتصرف التصرف القولي ، أما التصرف الفعلي الذي ينشأ عنه حكم شرعي كالقتل الذي يترتب عليه القصاص أو الدية والسرقة التي يترتب عليها الحدو فإن كل واحد منها وإن كان تصرفا ينشأ عنه حكم شرعي إلا أنه لا يسمى عقدا ، لأن المراد بالعقد عادة وعرفا التصرفات القولية .

وعلى هذا يكون المراد بالعقد بمعناه العام كل تصرف قولي ينشأ عنه حكم شرعي ، سواء أكان هذا التصرف صادرا من شخصين أم أكثر ، أم كان صادرا من شخص واحد .

والعقد بهذا المعنى العام يراد في اصطلاح الالتزام ولا يزال أخص من اصطلاح التصرف ، لأن الأخير ينتظم الالتزام وغيره كالاستهلاك والأنتفاع وغيرها .

---

١ - جامع الفصولين ٢/٢.

٢ - أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٣٦٠.

٣ - الفروق للقرافي ١٣/٤ .

وتعريف العقد بالمعنى الخاص هو الشائع المشهور عند الفقهاء حتى كاد ينفرد هو بالاصطلاح ، وهو المتبادر عند الإطلاق ، ولا ينصرف إلى المعنى العام الا بتنبيه يدل عليه ، ويتضح ذلك من كتب الفقهاء عند الكلام على العقود . (١)

٢ - العقد والتصرف:

التصرف هو كل ما يستقل به الشخص لوجوده لكونه ملكه وحده جعل له الحق في أن ينفرد بإنشائه ، ولم يجعل لغيره الحق في منعه ، ولا أن يكون له دخل في وجدوه كالطلاق أو هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته فيرتب عليه الشارع أثرا . وهو نوعان : فعلى ، وقولي .(٢)

والفعل: ما كان قوامه عملا لا قولا كاحراز المباحات ، واستلام المبيع وقبض الدين .

والقول نوعان: عقدي كالبيع والاجارة وغيرهما .

وغير عقدي: ويشتمل على نوعين هما: -

أ - نوع يتضمن ارادة صاحبه على انشاء حق ، أو انهائه أو اسقاطه كالوقف والطلاق ، والاعتاق والابراء .

ب - نوع لا يتضمن ارادة منصبة على انشاء الحقوق أو اسقاطها وإن كانت أقوالا تترتب عليه نتائج معتبرة كالدعوى والاقرار .

والعبرة في تمييز التصرف القولي عن الفعلي أنما هي بطبيعة التصرف وصورته لا لمبناه الذي بني عليه ، ولذا كان دفع الثمن وتسليم المبيع تصرفا فعليا ولو أنه مبنى على عقد البيع .

وعلى ذلك فلا شبه بين التصرف الفعلي والتصرف القولي المحض

---

١ - حاشية الدسوقي ٣/ ٥ ، الملكية لأبى زهرة ص ٢٠١.

٢- مجلة الأحكام ص ١٦٦.

وبين العقد .

أما التصرف القولي العقدي فإنه يتفق مع العقد بالمعنى المشهور الذي سبق بيانه .

أما التصرف القولي غير العقدي فلا يتفق أيضا مع العقد بالمعنى المشهور ، ويكون العقد أخص من التصرف القولي غير العقدي ، وإن كان يتفق معه بالمعنى العام للعقد .

٣ - العقد والالتزام:

الالتزام لغة (١)

الزام الشيء : أثبته وأدامه ، التزم الشيء أو الأمر ، أوجبه على نفسه .

وعرفه الفقهاء : بأنه الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء (٢) ، وهو تعهد شخصي لا يسأل عنه غير الملتزم فكان قاصرا عليه حال حياته ، وعلى ما يتركه بعد وفاته من أموال .

وعرفه البعض (٣) : بقوله (كون الشخص مكلفا بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة آخر) ، وقد يكون عقديا أو غير عقدي كالغضب فهو سبب لالتزام الغاصب .

أو «أنه ايجاب الشخص على نفسه أمرا جائزا شرعا» .

وقد استعمل الفقهاء المسلمون لفظ الدين والمدين والطلب والغريم والواجب للتعبير عن الالتزام ، ويستعملون أحياناً لفظ الالتزام ، ويريدون به غالبا الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بارادته المنفردة ، ونادرا الالتزامات التي تنشأ عن العقد ، أما الالتزامات التي تنشأ عن المسئولية فتسمى بالضمانات . (٤)

---

١ - المعجم الوسيط ٢/٨٢٣.

٢ - فتح العلي المالكى ص ١٨٠-٢٠٠.

٣ - المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٤٣٦.

٤ - مصادر الحق للسنهوري ١/٦٤.

ونخلص مما سبق إلى أنه لما كان العقد بالمعنى المشهور لا بد فيه من إجتماع ارادتين على نحو ما سبق بيانه ، فإنه يكون أخص من الالتزام .

٤ - العقد والوعد:

الوعد : وهو إخبار الشخص عن إنشاء المخبر معروفا في المستقبل ، أو هو ما يفرضه على نفسه لغيره بالاضافة إلى مستقبل لا على سبيل الإلتزام في الحال .[١]

ويختلف العقد عن الوعد في أن الأول إذا وجد مستوفيا أركانه وشروطه الشرعية ترتب عليه أثره في الحال ووجب على كل من المتعاقدين الوفاء بالتزامه قبل الآخر بموجب العقد وإلا الزمه الاقاضي الوفاء به .

أم الوعد فيتضمن إنشاء التزام في المستقبل ولا خلاف بين العلماء على أن الوفاء بالوعد مستحب ، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في وجوب الوفاء بالوعد فيما إذا امتنع الواعد عن الوفاء به من غير مسوغ ، هل يجبره القاضي أم لا وذلك على النحو التالي : -

أ - جمهور الفقهاء:

يرون أن الوفاء بالوعد غير واجب ، ولا ينال الواعد إثم إذا وعد وهو يريد الوفاء ثم عرض له ما منعه من الوفاء ، أما اذا وعد وهو عازم على عدم الوفاء فهذه أمارة النفاق المنهى عنه بحديث رسول الله ﷺ : «آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، واذا واعد أخلف ، وأذا أؤتمن خان» .

ب - الحنفية:

يرون أن الوفاء بالوعد غير لازم إلا في حالة ما إذا صدر معلقا على

---

١ - العيني على البخاري ١/٢٥٦، فتاوي الشيخ عليش ص ٢٥٤.

شرط منعا للتغرير بالموعود له .

جـ - ابن شبرمة:

يذهب إلى أن الوعد كله لازم ، ويجبر الواعد على الوفاء به قضاء . [١]

د - المالكية:

أختلف فيه المالكية على اربعة أقوال : -

١ - أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يمت الواعد أو مفلس .

٢ - أنه غير ملزم ولا يقضي به في أية حال .

٣ - أنه ملزم إن كان على سبب ، دخل الموعود في السبب أو لم يدخل .

٤ - أنه ملزم إن كان على سبب ودخل الموعود من أجل الوعد في السبب . [٢]

وهذا القول هو المشهور عند المالكية يؤيده القرآن والسنة . [٣]

قال تعالى : **﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾** [٤] . وقال ﷺ «لا إيمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له» .

مثال : اذا قال الاستاذ لتلميذه سأعطيك اذا نجحت في الإمتحان جنيها ثم نجح فإنه يجب الوفاء به قضاء عند ابن شبرمة وبناء على القول الاول عند المالكية .

والحق أن هذا القول المشهور هو الذي يتفق مع ما تأمر به الشريعة من الوفاء بالالتزام عملا كان أو عقدا أو وعدا ، ومع ما تنهى عنه من الكذب والاخلاف في الوعد يقول تعالى : **﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان**

---

١ - نظرية العقد للدكتور محمد شوكت ص٣.

٢ - المحلى ٢٨/٨.

٣- فتاوي الشيخ عليش ٢٥٦/١-٢٥٨.

٤ - الآية (٣٤) من سورة الاسراء.

مسئولا﴾ [1] ، ويقول جل شأنه : ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[2] ، ويقول عليه الصلاة والسلام :« لا إيمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له ، واربع من كن فيه كان منافقا : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا عاهد غدر ، واذا خاصم فجر» .

أما العقد فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب الوفاء به ديانة وقضاء ، وأن من يمتنع عن الوفاء به يجبر قضاء .

هذا وقد اعتبر القانون المدني الوعد بالتعاقد ملزما لصاحبه بإتمام التعاقد ، حتى اذا نكل عن وعده ، جاز للموعود له ، أن يستصدر من القاضي حكما بتنفيذ الوعد ، ويقوم حكم القاضي مقام العقد الموعود بأبرامه .

وغايته أن القانون اشترط لكي يترتب على الوعد أثره : أن يتعين في الوعد جميع المسائل الجوهرية ، بحيث لا يتبقى الا أن يظهر الموعود له رغبة في التعاقد ، وأن تعين كذلك المدة التي يجب في خلالها اظهار الرغبة بالعقد الموعود به ، كما هو نص المادتين ١٠٢,١٠١ [3]

٥ - أقسام العقد:

ينقسم العقد إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة : -

فينقسم بأعتبار صفته الشرعية إلى صحيح وباطل .

أ - فالعقد الصحيح:

هو الذي توفرت فيه الأركان والشروط ولم يتصل به من الأوصاف ما يخرجه عن المشروعية .

أو هو العقد الذي يكون سببا لترتب آثاره الشرعية عليه ، ويكون

١- المرجع السابق.

٢- المائدة ص ١ .

٣ - العقد لبدران أبو العينين ص ٣٦٧ .

كذلك اذا تحقق معناه وسلم محله وركنه ، وذلك بأن تكون الصيغة سليمة واضحة الدلالة على ارادة انشائه ، وأن تكون هذه الدلالة صادرة من أهل له في محل قابل لحكمه .

ب - العقد الباطل:

يذهب جمهور الفقهاء من غير الأحناف إلى أن العقد غير الصحيح هو مالم يستوف أركانه وشروطه الشرعية ولا يترتب عليه أثره الشرعي لخلل في صيغته أو ركنه أو محله ، ولا فرق بين تسميتها فاسدة أو باطلة . (1)

أما الأحناف:

فيقسمون العقد غير الصحيح إلى عقد باطل وعقد فاسد .

العقد الباطل: وهو ما كان عدم الصحة لسبب في أصله كعدم وجود بعض أركانه كمحله أو لإنتفاء معناه .

اذن فالعقد الباطل هو مالم يشرع أصلا أو مالا يعتبره الشارع موجودا ، ومن ثم لا يصلح لأن يترتب عليه أي أثر من آثاره .

أما العقد الفاسد : فهو ما لم يشرع بوصفه ولكن تحقق وجوده شرعا لتوافر أركانه ومحله وتحقق معناه ، ولكن أتصل به وصف نهى عنه الشارع فيخرج العقد عن مشروعيته ، كأن يكون الثمن في عقد البيع مالا غير متقوم شرعا .

فالخلل في العقد الفاسد يرجع إلى وصف من أوصافه أو شرط من شروطه .

ويرى الأحناف أن العقد الفاسد ينعقد وله وجود الا أن الشارع لا يقره بل يكرهه ويأمر بفسخه مالم يحدث في محل العقد ما يمتنع معه

---

١ - حاشية الدسوقي ٥٣/٣، المجموع ٩ /١٤٥، المحلى ٤٢١/٨.

الفسخ ، كأن يكون البيع دارا فهدمها أو شاة فذبحها .

ولم يفرق الأحناف في عقد النكاح بين فاسد وباطل في الحكم لتحقق نهى الشارع عنهما ومن ثم ففساد النكاح وباطله سواء .

ونلاحظ أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل عند الحنفية لا يسري على جميع العقود بل في طائفة منها فقط ، وهي العقود الناقلة للمكلية ، أو العقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين كالبيع والاجارة والهبة والقرض والرهن والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة .

وأم العقود غير المالية: كالوصية والوكالة ، والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالاعارة والايداع ، ومثلها العبادات والتصرفات المفردة ، كالطلاق ، والوقوف ، والكفالة والاقرار وما شاكلها كل هذا لافرق فيها بين الفاسد والباطل .

والعقد الفاسد ترتب عليه بعض الآثار دون بعض ، ففي البيع مثلا يثبت الملك للمشترى في المبيع إذا قبضه البائع صراحة أو دلالة ، ولا يثبت له حق الإنتفاع بالبيع لأنه ملك خبيث .

والعقد الفاسد لا ترد عليه الإجازة ، ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ولا ينقل الملك فيه قبل القبض .

وعلى ذلك فالخلل في أصل العقد ليس لخلل في الوصف عند الحنفية .(1)

خلافا لجمهور الفقهاء اذ يجعلونهما مرتبة واحدة ، كما يرتب الحنفية على الخلل في أصل العقد البطلان ، وعلى الخلل في وصف العقد الفساد .

---

١ - البدائع ٦ / ١٩٣ ، حاشية أبن عابدين ١٤٦/٤.

ويرتب الجمهور على الخلل الحاصل في الحالتين البطلان دون تمييز فأصبح الضرر والربا والشرط كلها أسباب لبطلان العقد كما لا يتميز في البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العقادين .

ونتقسم العقود من ناحية الصيغة إلى ثلاثة أقسام هي :

١ - العقد المنجز:

وهوما ينعقد بصيغة تفيد وجوده ووجود حكمه في الحال كالبيع والاجارة والقرض ، والأصل في العقود أن يكون حكمها منجزا الا عقد الوصية والايصاء ، وغيرهما من العقود يصح أن يكون منجزا من غير استثناء . [١]

وصيغة التنجيز أهم صيغ العقد شمولاً فهي الأصل .

٢ - العقد المضاف:

وهو ما تدل صيغته على وجود العقد وأنعقاده في الحال إلى المستقبل وسواء كانت الصيغة مطلقة أو مقيدة بشرط .

ومن العقود مالا يكون مضافا كعقد الوصية ، فلا يظهر حكمه الا بعد وفاة الوصي ، ومنها مالا تقبل الاضافة وهي العقود التي تفيد تمليك الاعيان في الحال كالبيع والشركة .

وقد وضع المتأخرون من الفقهاء قاعدة «كل ما أمكن تمليكه في الحال لا يصح تعليقه على شرط ولا إضافته إلى زمن إلا عقدي الوصية والايصاء» .

ومن العقود ما تصح فيه الإضافة والتنجيز حسب صيغته ورغبة المتعاقدين وقصدهما كعقود تمليك المنافع المالية كالإجارة والمزراعة .

---

١ - المعاملات للحفيف ص ٢٥٦ .

٣ - العقد المعلق:

هو ما ترتب صيغة وجوده على وجود أمر آخر في المستقبل ، فالتعليق هو ربط حصول مضمون بحصول مضمون جملة أخرى .

ولا بد لتحقيق التعليق من أن يكون المعلق عليه أمرا مشروعا مستقبلا محتمل الوقوع ، أو كان حصوله واجباً .

والعقد المعلق لا يوجد الا بعد وجود الأمر المعلق عليه ، ومن ثم فلا يعتبر حقيقة قبل وجود المعلق عليه .

والعقود بالنسبة للتعليق تنقسم إلى ثلاثة : - [١]

١ - عقود لا تقبل التعليق مطلقا:

وهي تشمل كل العقود التي تفيد التمليك سواء أكانت عقود معاوضة أم عقود تبرع ، وسواء أكانت لتمليك المنفعة أم لتمليك الرقبة كما يشمل عقود الزواج والخلع والرهن .

وقد علل فقهاء الحنفية عدم قبول هذه العقود للتعليق بأن التعليق قمار ، لأنه ترتيب وجود العقد على أمر غير موجود في الحال ولكنه محتمل الوجود في المستقبل ، فكان إنشاء العقد المعلق احتماليا صرفا ، يحتمل الوجود ويحتمل العدم ، وكلاهما متوقف على ما يكشف عنه المستقبل .

فمن قال إن جاء ابني من السفر سالماً ، فقد وهبت لك كذا فقد جعل الهبة قابلة للوجود والعدم على حسب ما يكشف عنه المستقبل ، وهو غيب وقت العقد ، وليس هذا إلا قمارا ، وما كانت تلك العقود الباتة بشأنها وكونها ، والتي تفيد الالتزام بحقوق وإنشاء أملاك تعقد مع القمار .

---

١ - الملكية لأبى زهرة ص ٢٦٢.

وعلل ذلك فقهاء المالكية كما في الفروق بأن أنتقال الأملاك يعتمد على الرضا بالعقد والتزاماته ، ومع التعليق على أمر غير موجود في الحال ، لا يتحقق الرضا بالعقد ، وآثاره ، وأحكامه ، الا ترى أنه ترك الأمر إلى المستقبل وما يكنه له ، فلم يثبت بذلك رضا بأمر مستقر ثابت» وما بهذا تنتقل الأملاك ، وتثبت الحقوق . [1]

ب - عقود لا تقبل التعليق بكل الشروط:

ولكنها تقبلها بالشرط المتعارف والشرط الملائم ، وهي عقود الكفالة والحوالة والاطلاقات كالاذن لصبي بالتجارة .

فهذه العقود تنعقد مع التعليق إن كان الشرط المعلق عليه متعارفا ، أو كان ملائما لمقتضى العقد ، بأن كان يعاون ذلك المقتضى ، ويوثقه أو بينه وبينه ملابسة تجعله غير متنافر معه .

وقد فسر بعض الفقهاء الشرط الملائم الذي يصح التعليق عليه بأنه : -

١ - ما كان شرطا للزوم الحق نحو قوله إن استحق المبيع فأنا الكفيل بالثمن .

٢ - أو كان شرطا لإمكان الإستيفاء مثل أن قدم زيد ولم يؤد فعلى ما عليه من الدين .

٣ - أو شرطا لتعسر أو لتعذر الاستيفاء من الاصيل في الكفالة أو الحوالة ، كإن غاب زيد المدين عن المصر ، أو أفلس أو عجز عن أداء الدين ، فأنا الكفيل بالدين ، أو فالدين علي .

ففي هذه الصور الثلاثة يكون ملائما لمقتضى العقد ، مناسبا لمعناه ، متفقا أو معاونا للغرض المقصود منه .

أما تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة وغير المتعارفة فلا يصح ،

١- الفروق ٢٢٩/١.

كإن نجح ابني في الإمتحان فأنا كفيل بأداء الدين ، فلا ينعقد عقد الكفالة ، لأنه لا صلة بين الشرط المعلق عليه ومقتضى العقد .

والتعليل واضح في عدم جواز تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة ، لأن الاصل في العقود على العموم أن تكون بعبارات جازمة لا تردد فيها ، لأنها تقوم على الرضا ، والرضا لا يكون الا مع الجزم واليقين .

ولأن التعليق يجعل العبارات غير منشئة للعقود في الحال ، والأصل في العقود أن تكون بعبارات تدل على الإنشاء في الحال ، وقد بينا ذلك عند الكلام على الالفاظ في العقود .

ولكن الشرط الملائم في هذه العقود لما كان يتفق مع مقتضى العقد ، ويناسبه ويتلاقى معه جاز على طريق الاستثناء .

جـ - عقود يصح تعليقها بكل شرط:

سواء أكان ملائما لمعناها أم غير ملائم ، وسواء أكان متعارفا أم غير متعارف .

وذلك يشمل عقد الوصية والايصاء وعقد الوكالة فإن هذه العقود يصح تعليقها بكل شرط ، وفي كل الأحوال من غير قيد ولا شرط .

أما الوكالة فلأنها عقد غير لازم ، والعقد غير اللازم لا يجعل لكل واحد من العقادين قبل الآخر حقوقا لازمة مستقرة ، فساغ لهذا عقده بعبارات غير جازمة قاطعة كالعبارة المعلقة بالشرط ، والوصية والايصاء عقدان تتأخر أحكامهما عن صيغتهما حتما ، ولا يمكن الا أن تكون الاحكام متراخية عن صيغتهما ، وهما أيضا عقدان غير لازمين ، لذلك صحا مع الصيغة المعلقة ، لأنه لا يتأخر مقتضاهما الشرعي بذلك التعليق .

الفرق بين العقد المضاف والعقد المعلق:

يفرق بين التعليق والإضافة من عدة وجوه : -

الأول: أن التعليق يكون على أي أمر من الأمور ، سواء أكان فعلا من أفعال المتعاقدين أو غيرهما أم كان من الأمور الكونية التي لا دخل فيها لأحد من الناس أم كان زمنا من الأزمنة ، أما الاضافة فإنها تكون إلى الزمن المستقبل خاصة .

الثاني: أن عبارة التعليق لا بد أن تشتمل على أداة من أدوات الشرط أو ما هو في معناها ، أما عبارة الاضافة فليست كذلك .

الثالث : أن التعليق على ما قرره الحنفية - يمنع إنعقاد السبب ، فالعقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة ، وأنما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فإذا قال شخص لآخر . اذا أقرضت فلانا مبلغا كذا فأنا كفيل به ، فإن هذا الكلام لا يتحقق سببا للكفالة في الحال بل حينما يتحقق الإقراض فيصبح القائل كفيلا بعده ويترتب حكم الكفالة من ذلك الوقت ، أما في الأضافة فإن الصيغة تنعقد سببا بمجرد التلفظ بها ، ولكن لا يترتب عليها أثرها الا بمجىء الزمن المضاف اليه .

ومما تقدم نعلم أن صيغة التنجيز تنعقد سببا ويترتب أثرها عليها بمجرد اللفظ به ، وأن صيغة التعليق يتأخر فيها الأمران جميعا حتى يتحقق الشرط المعلق عليه ، أما صيغة الاضافة فتنعقد سببا في الحال ، وأثرها هو الذي يتأخر إلى مجىء الزمن المضاف إليه ومن فرق بين العقد المعلق والمضاف هم الحنفية والمالكية [١] .

أما الشافعية فلا يفرقون بين المعلق والمضاف وكلاهما ينعقد سببا في الحال ولكن تتأخر الأحكام إلى المستقبل .

ويظهر هذا الخلاف فيما لو نذر شخص أن يتصدق بعشرين جنيها إن نجح في الإمتحان ، ثم تصدق بها فعلا قبل ظهور النتيحة ، ثم ظهرت

---

١ - البدائع ٦ / ١٩٢ ، المدخل لمذكور ص ٣٩٦ .

النتيجة بعد ذلك أنه ناجح .

فعند الشافعي: لا يجب عليه التصدق مرة أخرى ، لأنه أوفى بنذره ، لأنه حينما تصدق كان العقد قائما ، فيظهر الحكم فيه .

أما عند الأحناف : فلا يعتبر التصدق السابق مجزيا في النذر ، لأن العقد لم يوجد بإعتباره سببا الا بعد وجود المعلق عليه وهو النجاح ، فيلزمه التصدق بالمبلغ بعد النجاح .[1]

شروط صحة التعليق.

يشترط لصحة التعليق الشروط الآتية :

الأول: أن يكون الشيء المعلق عليه معدوما على خطر الوجود ، أي محتملا أن يكون وألا يكون ، فلو كان متحقق الوجود لم يكن التعلق حقيقيا بل كان صوريا ، وكان العقد منجزا ، وذلك مثل أن يقول شخص لآخر ، وهبتك هذه الساعة إن نجحت في الإمتحان ، وكان في هذا الوقت ناجحا ، أو يقول إن كان أحد مدينا لك بكذا فأنا كفيل ثم يظهر أنه مدين له فعلا من قبل .

واذا كان الشيء غير موجود ولكنه غير مستحيل الوجود فإن العقد لا ينعقد أصلا ويكون الغرض من تعليقه هو ايذان المخاطب باستحالة إنشاء هذا العقد ، كما إذا قال شخص لآخر إن صار ماء البحار عذبا فأنت وكيلي في بيع هذا المنزل .

وإن كان المعلق عليه أمرا واجب الحصول كان تعليقا في الصورة واضافة في المعنى ، وذلك مثل أن يقول شخص لآخر : إن طلعت الشمس غداً فأنت وكيلي في بيع هذا المنزل .

---

١ - نظرية العقد لمطلوب.

الثاني: أن تكون عبارة التعليق متصلة الأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها إلا لضرورة مثل أن يقول رجل لزوجته : أنت طالق إن دخلت دار فلان من غير فصل بين الشرط والجزاء ، فلو قال لها : أنت طالق ، ثم قال - بعد فترة ولو قصيرة من غير عذر - إن دخلت دار فلان ، لم يكن تعليقا صحيحا ، بل يكون تنجيزا للطلاق بالعبارة الاولى ، أما إذا كان الفصل لضرورة فلا يمنع الاتصال ، بل يلتحق آخر القسم بأوله ويكون تعليقا صحيحا .

الثالث: ألا يكون التعليق على مشيئة غير معلومة كمشيئة الله تعالى . فأذا قال رجل لزوجته : أنت طالق إن شاء الله فإنه لايقع الطلاق ، لأن هذا ربط للطلاق بشيء مجهول لا يمكن معرفته فلا يقع به الطلاق .

أما التعليق بمشيئة العاقد الآخر فإن كان في العقود التي تتوقف على قبول ذلك العقاد كما في قوله للآخر : وهبتك هذا الكتاب أن شئت ، وبعتك هذه الدار أن رغبت فأن هذا العقد في حكم المنجز ، لأن مثل هذه العقود لاتتم ولا توجد الا بالقبول ، وليس القبول الا الإفصاح عن رغبة العاقد الآخر ومشيئته ، فكانت هذه العقود في حقيقة الأمر معلقة على مشيئة العاقد الآخر دائما ، فلا يضير التصريح بهذا التعليق ولا يخرجها عن أن تكون منجزة حكما .

أما اذا كان العقد لا يتوقف على قبول الطرف الآخر كما في الطلاق والعتاق فإن تعليقه على مشيئة الطرف الآخر يكون تعليقا حقيقيا ولا يكون في حكم المنجز ، فاذا قال رجل لزوجته : أنت طالق أن شئت كان هذا تعليقا لطلاقها على مشيئتها فتطلق إن رغبت فيه ، أما اذا لم ترغب فلا يقع ذلك الطلاق المعلق .

أقسام العقود بحسب طبيعتها ونوعها : [1]

١ - عقود المعاوضات: (المبادلات):

سواء أكانت معاوضة أو مبادلة له مال بمال كالبيع بجميع أنواعه أم كانت معاوضة مال بمنفعة كالاجارة ، أم كانت معاوضة بما ليس بمال ولا منفعة كالزواج والخلع .

٢ - عقود التبرعات:

وهي ما يكون التمليك فيها بغير مقابل كالهبة والصدقة والوصية والوقف وغيرهم .

٣ - عقود الإسقاطات:

وفيها يسقط الشخص حقه أو شيئا منه ، وقد تكون اسقاطات محضة كالطلاق ، وقد تكون اسقاطات فيها معنى التبرع كالابراء من الدين والوقف .

٤ - عقود الإطلاقات:

وفيها تطلق يد الشخص في شيء لم يكن له التصرف فيه قبل العقد كالايصاء والوكالة .

٥ - عقود التقييدات:

وفيها يقد الشخص غيره ويمنعه من تصرف كانت قد اطلقت يده فيه كعزل الوكيل والوصي وناظر الوقف .

٦ - عقود الشركات:

وسميت كذلك لأن فيها الاشتراك في ثمار المال وارباحه كالمضاربة والمزارعة .

---

١ - الهداية ١٦٢/٣ ، المدخل لمدكور ص ٥٩٧.

٧ - **عقود التأمينات أو التوثيق أو الضمانات:**

وهي عقود يطمئن بها الدائن على وفاء دينه كالرهن والكفالة والحولة .

٨ - **عقود الاستحفاظات:**

وهي التي تحدث بين الشخص وغيره لمجرد ايداع شيء عنده للحفظ أو حراسته ، كالوديعة والحراسة .

تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة: (١)

تنقسم العقود من حيث تسمية الشارع لها أو عدم تسميتها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة .

فالعقود المسماة: هي التي وضع لها التشريع أسماء وأحكام خاصة بها ، كالبيع والاجارة ، والرهن ، والزواج ، والخلع ، والهبة ، والوصية إلى غير ذلك .

والعقود غير المسماة: هي العقود التي تستجد ، وتنشأ تبعا للحاجة ولم تكن موجودة ومستقرة من قبل ، والتي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ، ولم يرتب التشريع لها أحكام تخصها وتميزها عما سواها من العقود ، وهذه العقود كثيرة لا تنحصر ، وقد نشأت في الفقه الإسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة ، وأطلق عليها الفقهاء أسماء خاصة ، وقرروا لها أحكاما ، فأصبحت بهذا عقودا مسماة كبيع الوفاء . وكعقد الإجارتين والتحكير في الأموال الموقوفة وكبيع الاستجرار وهو ما يعرف اليوم بأسم الحساب الجاري .

وقد تبقى بعض العقود بلا أسماء إلى أن يصطلح على أسم خاص بها فمن ذلك في هذا العصر عقد النشر والأعلان في الجرائد وكذا عقد

---

١ - المدخل لشلبي ص ٥٦٠ ، نظرية الإلتزام للفقى ص ٢٨ / ٣٠ .

(المضايفة) وهي النزول في الفنادق بالطعام والشراب فأنه مركب من عقدين ، فهو اجارة بالنسبة للمكان والخدمة ، وهو بيع بالنسبة إلى الطعام والشراب ، فهذا العقد لم يوضع له إسم خاص ، رغم شيوعه ، وشدة الحاجة إليه .

والشرع الإسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة ، يمتنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى ، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود ، أو تقييد موضوعاتها الا بأن تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد .

بيد أن هذا النوع من العقود غير المسماة قد أختلف الفقهاء في أعتباره وعدم أعتباره تبعا لاختلافهم في مدى حرية العاقد في إنشاء العقود والشروط .

فذهب الظاهرية إلى أن الأصل في العقود الحظر والمنع ، ولا يجوز شيء منها الا ماورد به دليل خاص من كتاب أو سنة صحيحة أو إجماع صحيح ، وبناء على هذا لو أحدث الناس عقدا لم يرد به الشرع كان باطلا لا يعتد به شرعا .

وذهب الحنابلة - وبخاصة أبن تيمية وأبن القيم - إلى أن الأصل في العقود الاباحة ، وللإنسان إحداث أي عقد تدعو الحاجة إلى أنشائه مالم يرد بخصوصه نص يمنعه ، أو يخالف قواعد الشريعة العامة القطعية ، فإذا لم يخالف قواعد الشريعة كان جائزا وملزما يجب الوفاء به وإن لم يرد بخصوصه دليل معين ، أما إذا خالف تلك القواعد كان باطلا لا يعتد به شرعا ، كعقد التأمين الذي استحدثه الناس فإنه باطل لمخالفته قواعد الشريعة العامة ، لما فيه من المخاطرة من أجلها حرم الميسر ، فضلا عما فيه

من الربا لاحتساب فائدة على رأس المال عند صرفه في نهاية المدة .

وبين هذين المذهبين نرى الحنفية والمالكية والشافعية يذهبون مذهبا وسطا ، وهو أن الإنسان له الحرية في إنشاء العقود الجديدة ولكن في نطاق الادلة المعروفة ، كالقياس والعرف والمصالح المرسلة وغيرها من الأدلة التي يستند اليها بعد النص والاجماع .

فمذهب هؤلاء الأئمة يتفق مع مذهب الظاهرية من حيث المبدأ . وهو أن الأصل في العقود الحظر والتحريم ما لم يرد بجوازها الشرع ، ولكنهم يختلفون عنهم تمام الاختلاف في التطبيق ويتوسعون في العقود أكثر منهم ، وذلك لتوسعهم في الأدلة التي يصح الاعتماد عليها ، ومن هنا كان مذهب الأئمة الثلاثة أقرب إلى مذهب الحنابلة منه إلى مذهب الظاهرية .

وقد أستدل الظاهرية على منع أي عقد لم يرد به الشرع بما يأتي:

أولا: ماورى عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» وقالوا : قد أفاد هذا الحديث أن كل عمل لم يأذن به الشرع يكون مردودا أي باطلا لا أثر له ، والعقود تدخل في هذا العموم ، فلا يصح منها الا ماجاء النص أو الأجماع بإسمه أو اباحة بعينه . (1)

ثانيا: مارواه البخاري في حادثة بريرة - التي اشترط أهلها في بيعها للسيدة عائشة أن يكون لهم ولاؤها - من قوله ﷺ : « ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب

---

١ - الأحكام في أصول الأحكام جـ ٦ ص ٣٢.

الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق» . [1] ففي هذا الحديث أن كل ما يشترط في العقود يكون باطلا متى كان غير وارد في كتاب الله أي لم يأذن به الشرع بعينه ، واذا كان الشرط الذي يلحق العقد باطلا اذا لم يرد في كتاب الله فبالأولى يكون العقد الذي هذه صفته باطلا فلا يجب الوفاء به .

ولا شك أن مذهب الحنابلة في هذه المسألة هو الراجح وذلك لما يأتي :

أولا: أن الله أمرنا بالوفاء بالعقود في قوله تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ وآل في العقود للإستغراق - كما هو رأي أكثر المفسرين - فيكون المعنى : أوفوا بجميع العقود سواء في ذلك العقد الذي ورد عن الشارع بإسمه وعينه والعقد الذي لم يرد ما دام لا يخالف الشريعة العامة .

وقد نصت السنة على وجوب الوفاء بما تراضي عليه العاقدان من شروط ما دامت لا تخالف حكم الله وشرعه وإن لم يرد دليل معين بإعتبارها ، فقد روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال : «المسلمون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالاً» وهذا يفيد وجوب الوفاء بالشروط التي يشترطها الناس فيما بينهم ، ولا يحرم شيء منها الا اذا - خالف حكم الله وشرعه ، وفي هذا دليل على أن الأصل اباحة للشروط ، وأنه لا يجوز الاخلال بموجبها مالم تخالف شيئا من دين الله وشرعه ، وليس هناك فرق بين الشرط والعقد في هذا المعنى ، لأن كلا منها يوجد التزاما لم يكن موجودا قبله .

ثانيا: أن أساس العقود الشرعية هو التراضي من الجانبين ، لقوله تعالى : ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ فما دام هذا المعنى متحققا فيما

---

١ - صحيح البخاري في باب (الشرط في الولاء).

يستحدثه الناس من عقود ولم تكن مخالفة لقواعد الشريعة العامة كانت تلك العقود شرعية وإن لم يرد بإسمها دليل خاص من الشرع .

ثالثا: أن الشريعة الاسلامية إنما شرعت الأحكام لتحقيق مصالح العباد وتحصيل الخير لهم ، وأنها قامت على السهولة واليسر ورفع الحرج عن الناس كما دل على ذلك قوله تعالى ﴿**وما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾ ، وقوله جل شأنه ﴿**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾ وهذا يقتضي أن يكون للناس إحداث ما شاؤا من العقود التي تحقق المصلحة ما دامت لا تخالف أصلا من الأصول الشرعية المقررة .

أما استدلال الظاهرية على المنع بحديث : «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» ، فهو استدلال غير سديد ، لأن معنى قوله عليه السلام« ليس عليه أمرنا» أنه يعارض ماورد عنا بأن يؤدي إلى مخالفة أمر أو نهي ، أو أن كل أمر يخالف الأدلة الشرعية غير صحيح ، والأدلة الشرعية لم تنحصر في النص والاجماع ، بل هناك أدلة أخرى عمل بها المجتهدون كالمصلحة والعرف والقياس والإباحة الأصلية .

وأما استدلالهم بحديث «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فإنه مبني على غلط في فهم الحديث أو مغالطة فيه ، إذ ليس معناه أن كل مايشترط في العقود يكون باطلا متى كان غير وارد في كتاب الله ، وإنما معناه أن الشرط لا يعول عليه ويكون باطلا اذا كان يخالف كتاب الله ، أي ما كتبه الله شريعة للناس ، وذلك ؛ كشرط يلحق ضررا بالمشروط عليه ، وكشرط يحرم حلالاً أو يحل حراماً ، وهذا ما صرح به حديث الترمذى : «المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراماً» .

فكتاب الله هنا معناه ما كتبه على الناس من أحكام الشريعة وفرضه

وقرره عليهم ، وليس المراد به خصوص ماورد في القرآن الكريم ، فهو مثل قوله تعالى **﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتا﴾** ، **﴿كتب عليكم الصيام﴾** ، **﴿كتب عليكم القصاص﴾** .

وخلاصة ما نريد من هذا البيان هو أن العقد الذي تقتضيه حاجة الناس يكون جائزا شرعا متى كان لا يناقض دليلا من أدلة الشريعة التفصيلية ، ولا يخالف قاعدة من قواعدها الأساسية .

المبحث الأول
في
أركان العقد

تعريف الركن:

● **الركن في اللغة: -**

جانب الشيء الأقوى ، وقيل هو أحد الجوانب التي يستند اليها الشيء ، ومنه قوله تعالى **﴿لو أن لي بكم قوة أو آوى إلى ركن شديد﴾** .

الركن في الاصطلاح:

عرفه جمهور الفقهاء بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء سواء أكان جزءا من ماهيته أو كان خارجا عنه .

وعرفه الأحناف بأنه ما تتوقف عليه الماهية وهو جزء منها ، وتبعا لهذا الإختلاف في تعريف الركن ، فقد أختلفوا في عدد أركان العقد : فبينما يرى الجمهور أن أركان العقد ثلاثة هي : العاقدان والصيغة والمحل . . . وقد تتحلل إلى ستة أركان .

ويرى الحنفية أن الركن في العقد هو الصيغة فقط لأن العاقدين ليسا ركنين عندهم لأنهما ليسا من ماهية العقد ولا حقيقته .

والحقيقة أن الخلاف بين الجمهور والأحناف خلاف لفظي لا تترتب عليه كبير فائدة .

أما الشرط في اللغة:

فهو العلامة الدالة المييزة ، ومنه قيل اشراط الساعة .

ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه الإنسان في عقوده ، والتزاماته على نفسه أو غيره .

وفي أصطلاح الفقهاء والأصوليين هو:

ما استلزم من عدمه العدم ولا يستلزم من وجوده وجود الشرط ، ولا يدخل في ماهيته الشىء وإنما هو خارج عن الماهية .

والشروط بصفة عامة إنما هي مكملات للأمور المشروطة لها في نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث إن عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام [1] .

ولما كان مذهب الجمهور في بيان أركان العقد هو المشهور وأقرب إلى تحقيق النزعة الموضوعية في العقود فإننا سنتناول بالبحث أركانه على نحو ما ذهب اليه الجمهور وهي :-

١ - الصيغة وما يتعلق بها.

٢ - العاقدان وما يتعلق بهما.

٣ - المعقود عليه وما يتعلق به.

وسنفصل ذلك من خلال المطالب الآتية :-

---

١ - الخرشي ٣/٣٥٩، كشاف القناع ٢/٢، المجموع ٢/١٤٩، فتح القدير ٥/٧٤.

المطلب الأول
في
صيغة العقد

يكثر الفقهاء من الكلام في صيغة العقد ، وقد عنوا بهذه المسألة عناية كبيرة وذلك لأنه للفقه الإسلامي نزعته الموضوعية وأول أثر لهذه النزعة أن يقف عند الارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة .

والمظهر الذي يعتد به في الأصل هو اللفظ أولا - قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر خارجي آخر نستخلص منه الارادة -لأنه هو الذي يعبر عن الارادة الباطنة .

فاللفظية والارادة الظاهرة تمتزجان معا في صيغة العقد .

أولا: الإيجاب والقبول:-

الايجاب لغة : الاثبات .

والقبول لغة : مصدر قبلت العقد أقبله .

وفي إصطلاح الفقهاء على مذهبين :-

أ - مذهب الحنفية:

يرون أن الايجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين والقبول هو ما صدر ثانياً من المتعاقد الثاني ، لأنه يقع قبولا ورضا بما أثبته الأول . [1]

وعلى ذلك فالعبرة في تمييز الايجاب عن القبول هو الصدور أولا وعدمه .

ب - ويرى جمهور الفقهاء:-

أن الإيجاب ما يصدر عن المملك أي الشخص الذي يكون منه

---

١ - فتح القدير ٢/٣٤، ٥/٧٤.

التمليك كالبائع والمؤجر .

والقبول ما يصدر عن الشخص المتملك أي يصير له الملك وهو المشتري وذلك بصرف النظر عن ورود إحدى العبارتين قبل الأخرى .[1]

ويرى كثير من الفقهاء ترجيح رأي الحنفية لدقته وسهولته في التمييز بين الإيجاب والقبول ، وأن التيسير أولى بالاتباع في معاملات الناس .[2]

ثانيا: شروط الايجاب والقبول:

ارتباط الإيجاب يترتب عليه وجود العقد ، ولكى يتم ذلك لابد من تحقق شروط في الإيجاب والقبول بعضها متفق عليه وبعضها أختلف في اشتراطه ، ونفصل ذلك من خلال الفروع الآتية :

---

١ - مغنى المحتاج ٢/٢، شرح الحطاب ١٠٤/٨.

٢ - نظرية العقد لشوكت ص ٩ .

الفرع الأول
في
أن يكون الإيجاب والقبول بلفظ الخبر

أن يكون الايجاب والقبول بلفظ الخبر فلا يصح الانشاء لايجاد العقد وانشاؤه ، وذلك كلفظ الأمر والاستفهام والتمني والترجي .

أ - صيغة الأمر:

فلو قال شخص لآخر بعنى هذا الشيء بكذا فقال بعتك ، لا ينعقد مالم يصدر من الطرف الأول ما يدل على القبول كإشتريت أو قبلت ونحو ذلك ، وعلى هذا أكثر فقهاء الحنفية وعللوا ذلك بما يأتي :-

أن العقد إنشاء تصرف يفيد حكما يثبت جبرا ، والإنشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع اذا استعمل الألفاظ الموضوعة للأخبار فلا ينعقد العقد الا بها ، وعلى ذلك فلايصح الايجاب بلفظ الأمر ، حتى ولو نوى ، اذ النية لا تعمل الا فيما يحتمله اللفظ ، وهو لايحتمل الاخبار بحال ، فلا يعدوا الأمر أن يكون مساومة وهي تدل على الرضا المشروط تحققه في أكثر العقود .

وأجاز الحنفية المبيع بلفظ (خذ) مع أنه أمر ، لأن الأمر بالأخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي .

ويستثنى الحنفية بعض العقود من عدم صلاحية صيغة الأمر أو لفظ الأمر في تكوين العقود هي :-

١ - **النكاح:** وعللوا ذلك بأمرين :

الأول: أن صيغة الأمر توكيل فإذا قال زوجني وقال الآخر زوجتك تم العقد ، لأن قول الخاطب (زوجني) توكيل منه للولي في تزويجه ، وعبارة الولي (زوجتك) تتضمن عبارة الخاطب الموكل ، وعبارة الولي من حيث كونه وليا .

الثاني: أن هناك قرينة تدل على ارادة انعقاد العقد في الحال وإنتفاء معنى المساومة ، لأن مجلس العقد يسبقه عادة أتفاق على كل ما يتصل به .

٢ - الهبة ، ٣ - الخلع ، ٤ - العتق على مال ، ٥ - الابراء من الدين ، ٦ - الكفالة .[١]

● **أما جمهور الفقهاء:**[٢]

فقد جوزوا إنعقاد العقد بلفظ الأمر إيجاباً وقبولا أذا وجدت معها قرينة تدل على قصد إنشاء العقد في الحال .

مثل: أشترى مني هذا الشيء بكذا ، أو بعْنيه بكذا فقال قبلت تم العقد .

والذي نميل اليه ، هو أنه ما دام لم يرد نص في الشريعة يحدد الالفاظ التي يجري بها التعاقد ، فإن مرجع الحكم فيه العرف والعادة كالقبض والحرز وإحياء الموات وما شابه ذلك .

فإذا ما جرت العادة وتعارف الناس على إمضاء العقود بمثل هذه الصيغة كانت معتبرة وإلا فلا .

ب - صيغة المضارع:

وأما صيغة المضارع فتحتمل الحال والاستقبال وقد وقع فيها خلاف الفقهاء على النحو التالي :-

---

١ - البحر الرائق ٥/٢٨٦.

٢ - الدسوقي ٣/٣، كشاف القناع ٢/٣، المجموع ٩/١٦٨.

الحنفية:

يقول صاحب البدائع : [1] وأما صيغة الحال هي أن يقول البائع للمشتري أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الايجاب فقال المشتري أشتريت ، أو قال المشتري أشترى منك هذا الشيء بكذا ونوى الايجاب أو قال البائع أبيعه لك بكذا وقال المشتري أشتريته ونويا الايجاب يتم الركن وينعقد ، وإنما اعتبرنا النية هنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح ، لأنه غلب أستعمالها للأستقبال وإن حقيقة أو مجازا ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية» .

من ذلك نخلص إلى أن صيغة المضارع تحتمل الحال والإستقبال بل إن استعمالها غلب للإستقبال إما حقيقة أو مجازا ومن ثم لا يؤخذ بهذه الصيغة في إنعقاد العقد الا اذا نوى العاقدان إنشاء العقد في الحال ، ومعنى الرجوع إلى النية أي الارادة الباطنة دون الظاهرة . [2]

المالكية: [3]

يصح عندهم إنعقاد العقد بلفظ المضارع ولكن العقد لا يكون لازما فلو رجع بعد قبول الآخر وقال لم أرد البيع ، فإن حلف لم يلزم العقد وإلا لزم .

كما يلزم العقد اذا وجدت قرينة دالة على أنه كان يريد البيع كما اذا حصل تردد الكلام مثل أن يقول المشتري بعنى سلعتك بعشرة مثلا فيقول البائع : لا ، فيقول له بإحدى عشر ، فيقول لا ، ثم يقول البائع : أبيعها بإثنى عشر فيقول المشتري قبلت ، فيلزم البيع ولا رجوع للبائع بعد ذلك وإن حلف .

---

١ - البدائع ١٣٣/٥ - ١٣٤.

٢ - مصادر الحق للسنهوري ٩١/١.

٣ - حاشية الدسوقي ٤/٣.

الشافعية [1]

يرون أن إنعقاد العقد بلفظ المضارع من باب الكفاية فلابد للإنعقاد به من قرينة دالة على ارادة العقد .

الحنابلة: [2]

لم يجوزوا إنعقاد العقد بلفظ المضارع ، لأن العبارة حينئذ من قبيل الوعد بأخذ المبيع .

ونخلص مما سبق إلى أن صيغة المضارع ينعقد بها العقد عند جمهور الفقهاء اذا ما اقترنت بها قرينة تدل على إنشاء العقد في الحال وأستبعاد ارادة الوعد بأخذ البيع ، لأن الصيغة في هذه الأحوال تعبر عن ارادة العاقد في إنشاء العقد ورضاه به والأخير مناط صحة العقد .

- **صيغة الاستفهام والاستقبال.**

يقول صاحب البدائع :(ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق [3] ، وأما صيغة الاستقبال وهي المقرونة بالسين وسوف ومن ثم تمحضت للإستقبال فلا ينعقد بها العقد) . [4]

- **التعبير عن الارادة بمظاهر خارجية غير اللفظ:**

المظاهر الخارجية الأخرى غير اللفظ للتعبير عن الارادة قد تكون :-

١ - الرسالة والكتابة:

المراد بالكتابة : أن يكتب أحد العاقدين إلى الآخر كتابا بإيجابه ، والمراد بالرسالة : هو أن يرسل أحد العاقدين إلى الآخر الغائب رسولا يبلغه الايجاب شفاهة باللفظ .

---

١ - نهاية المحتاج ٦/٣.
٢ - كشاف القناع ٣/٢.
٣ - البدائع ١٣٣/٥.
٤ - الفتاوي الهندية ٤/٣.

يرى جمهور الفقهاء [1] من الحنفية والمالكية والأصح عند الشافعية أن التعاقد يتم بالكتابة سواء أكان المتعاقد قادرا على النطق أم لا .

وقيد قوم آخرون جواز التعاقد بالكتابة بما اذا كان غير قادر على النطق ، لأن النطق أكثر إبانة عن المراد فتعين ذلك مع القدرة عليه .

ويشترط في الكتابة أن تكون واضحة ومفهومة ومكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في زمانهم وتقاليديهم .

ونميل إلى ما قال به جمهور الفقهاء من أن الكتابة الواضحة وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة حتى مع القدرة على النطق ، لأن العبرة على إظهار الرضا وقد وجد فلا معنى للتضييق على الناس ما دامت الغاية متحققة .

ولا يبدأ حكم الايجاب والقبول بالكتابة الا من وقت وصول الكتاب وقرائته وفهم مافيه وذلك في العقود التي يتوقف إنعقادها على علم الطرف الآخر ورضاه كالبيع والزواج ، أما في العقود التي لا يتوقف على ذلك كالطلاق والعتاق فإن الكتابة إذا كانت مستبينة ومرسومة تأخذ حكمها فور الكتابة الا اذا كان قد علق الطلاق على بلوغ الكتاب ووصوله . [2]

وكذا في الرسالة فإن حكمها يبدأ من وقت ادائها وبلوغها [3] .

والرجوع في الايجاب بالكتابة أو بالرسالة جائز قبل بلوغ الكتاب والرسول إلى الطرف الاخر وقبل قبوله سواء علم الطرف الآخر بالرجوع أو لم يعلم حتى لو قبل بعد ذلك لا يتم العقد ولا ينعقد .

---

١ - تبيين الحقائق ٤/٤ ، المراجع السابقة .
٢ - ابن عابدين ٥/٢٧٢.
٣ - فتح القدير ٥/٧٩.

٢ - التعاقد بالاشارة:

يرى جمهور الفقهاء [١] أن التعاقد بالأشارة لا يجوز للقادر على النطق والكتابة أما العاجز عنهما كالأخرس الذي لا يعرف الكتابة فإن التعاقد منه بالأشارة صحيح سواء كان خرسه أصليا منذ الميلاد أو كان عارضا ودام حتى وقع اليأس من كلامه .

وقد خالف المالكية [٢] حيث أجازوا التعاقد بالاشارة من الأخرس وغيره لأن الاشارة تدل على الرضا وكل الوسائل في ذلك سواء .

ومذهب مالك وهو أوسع المذاهب جميعاً في هذه المسألة ، وهو الذي يساير مقتضيات التعامل ، ومن ثم وجب الأخذ به ، فهو يجيز التعاقد بالإشارة ولو من غير الأخرس ، لأن الاشارة يطلق عليها أنها كلام ، قال تعالى ﴿**قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا**﴾ والرمز الاشارة . . . وغير الأخرس كالأخرس .

٣ - التعاقد بالأفعال (المعاطاة):

المعاطاة في اللغة : المناولة ، أي الاعطاء والأخذ .

ويراد بالتعاطي عند الفقهاء ، المبادلة الفعلية الدالة على التراضي من غير لفظ ، ، كوضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض من الطرفين من غير لفظ .

كما يتحقق التعاطي بتبادل البدلين من غير تلفظ من أحدهما .

ويتحقق أيضا بفعل من أحدهما وقول من الآخر كأن يعطي المشتري الثمن للبائع من غير أن يتكلم فيقول له خذه أو رضيت أو نحو ذلك ، أو يقول المشتري إشتريته بكذا فيعطيه البائع الشيء المبيع من غير أن يتكلم . [٣]

١- المغني ٧/ ٤٣٠ ، نهاية المحتاج ٣/١١ ، المراجع السابقة .

٢ - حاشية الدسوقي ٣/٣.

٣ - فتح القدير ٥/٧٧ .

آراء الفقهاء في جواز التعاقد بالتعاطي:

المذهب الحنفي:

يمكن القول أن التعاقد بالتعاطي إحتل مكانة في المذهب الحنفي تدرجا لاطفرة ، فقد كان يصح في الخسيس دون النفيس ، ثم أصبح يصح في الخسيس والنفيس معا ، وقد كان قبض البدلين جميعا شرطا في تمام العقد ثم صار قبض أحد البدلين يكفي ، واذا كان قبض أحد البدلين كافيا في التعاقد بالتعاطي ، فلا بد في جميع الأحوال من إن يكون كل من البدلين معلوما .

ففي البيع مثلا يجب أن يكون كل من البيع والثمن معلوما للمتابيعين ، وهذا فيما يكون ثمنه غير معروف في الأسواق .

فإن كان الثمن معروفا في سوق البلدة ، وكان المشتري من أهلها قامت هذه الظروف قرينة على علمه بالثمن . [1]

ضابط دلالة التعاطي على الرضا:

والتعاطي ولو من جانب واحد فعل يتضمن الدلالة على الرضا ومن ثم يؤخذ بهذه الدلالة الا إذا عارضها الظاهر .

فلو صح أحد الطرفين بأنه يرفض التعاقد ، فإن دلالة الرضا المستفادة من التعاطي تنتفي ، ولا يتم العقد .

والرفض الصريح ينفي الرضا الضمني المستخلص من التعاطي حتى لو كان هذا الرفض الصريح يجوز حمله على غير ظاهر ، بأن يحمل على تظاهر المتعاقد بالرفض لتطييب قلب المتعاقد الآخر وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحته .

وهذا لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو تقديم اللفظ على غيره إذ هو

---

١ - الفتاوي الهندية ٢/١٢٧، ٣ / ١٢٧ .

أدل على الارادة الظاهرة .

وحتى ينعقد العقد بالتعاطي لما يتضمن من الدلالة على الرضا يجب أن تنصرف هذه الدلالة إلى رضاء صحيح .

أما إذا كان التعاطى مجرد تنفيذ لعقد سابق ، وكان هذا العقد السابق باطلا أو فاسدا ، أنعدمت الدلالة المستفادة من التعاطي ، وبقي العقد على حاله باطلا أو فاسدا بعد التنفيذ كما كان قبل التنفيذ . (١)

المذهب المالكي:

يرى المالكية أن التعاقد بالمعاطاة جائز دون تمييز بين خسيس ونفيس ، وسواء تم قبض البدلين جميعا أو في أحد البدلين دون الآخر ، مادام كل من البدلية معلوما ، ولا يظهر في مذهب مالك التدرج الذي لاحظناه في مذهب أبي حنيفة ، فهو يجوز التعاقد بالمعاطاة طفرة بقبض البدلين جميعا .

أما إذا قبض أحد البدلين دون الآخر فإن العقد يتم ، ولكن لا يكون لازما فيجوز الرجوع فيه . (٢)

المذهب الشافعي: (٣)

لا يجيزون التعاقد بالمعاطاة ، لأن اسم البيع يصدق عليه ، وأجاز بعضهم المعطاة في الخسيس دون النفيس من الأشياء .

واختار النووي القول بصحة بيع التعاطي مطلقا ، لأن الله أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف .

مذهب الحنابلة:

وأجاز أحمد بن حنبل التعاقد بالمعاطاة ونص في المغنى (٤) «الضرب

١- فتح القدير ٥/٨٧.

٢- الحطاب ٤/٢٢٨، الفروق ٣/١٨١.

٣- المهذب ١/٢٥٧ .

٤ - الفروع ٢/٤٤٢.

الثاني المعاطاة ، مثل أن يقول اعطنى بهذا الدينار خبزافيعطيه ما يرضيه ، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح ، نص عليه أحمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز؟ فلا كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه ، واحتج على ذلك بأن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف .

كما رجع اليه في القبض والاحراز والتغرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاما وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن اصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول ، ولو أستعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ولم يتصور منهم اهماله والغفلة عن نقله ، البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه ﷺ بياناً عاماً ولم يخف حكمه لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال بالباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل انكاره ، فكان ذلك اجماعاً .

ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ، ولأن الإيجاب والقبول انما يرادان للدلالة على التراضى ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه) .

■ استثناء عقد النكاح:

جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على جواز التعاطي في العقود استثنوا من ذلك عقد النكاح ، فلا يجوز فيه المعاطاة بالإجماع . (١)

١ - تهذيب الفروق ٣/١٨١.

■ **لسان الحال:**

أنعقاد العقد بلسان الحال يتمثل في الوديعة ، فلو أن شخصاً ترك متاعه بين يدي شخص آخر وذهب ، وذلك الآخر ساكت لم ينهه ولم يتنصل من حفظه ، صار وديعاً مكلفاً بالحفظ ومسؤولاً اذا قصر فيه ، حيث انعقد بينهما عقد الوديعة دلالة .

ولو وضع شيئاً مما يملكه أمام جماعة ، صاروا جميعاً مستود عين ، فلو قاموا واحداً بعد الآخر ، تعين حفظ الوديعة على الأخير ، فإذا قام ولم يتخذ الوسائل الكفيلة لحفظه وصيانته ، ثم ضاع ، فإنه يضمن مثله لصاحبه إن كان مثلياً ، وقيمته ان كان قيمياً .

هذا ويعتبر كل من التعاطي ولسان الحال تعاقداً بطريق المبادلة ، غير أن التعاطي دلالة بطريق المبادلة الفعلية ، ولسان الحال دلالة عن طريق السكوت .

كما أن دلالة التعاطي قد تكون إيجاباً وقد تكون قبولاً ، أما دلالة السكوت فلا تصلح إلا أن تكون قبولاً ، لعدم تصور الإيجاب بالسكوت المجرد فضلا عن أنه يشترط لاعتبار السكوت قبولاً ، أن يصاحبه من الملابسات ما يستخلص من مجموعها دلالته على القبول .

وننتهي من هذا إلى أن إرادة التعاقد هي الأساس في انشاء العقد ، غير أن هذه الإاردة كما كانت أمراً باطنياً خفياً لا يمكن لأحد أن يكشف عنها إلا صاحبها ، اعتبر ما يصدر عنه من قول أو فعل دليلاً عن الإيجاب أو القبول ، نطقاً كان أو اشارة أو تعاطياً أو دلالة .[1]

---

١ - الملكية ونظرية العقد لفراج ص ١١٦-١١٧ .

الفرع الثاني
في
توافق الإيجاب والقبول

بمعنى أن يتفقا في جنس العقد واتخاذ المحل وقيمة الشيئ ونوعه ، فإن لم يتفقا في جنس العقد بأن أوجب أحدهما وأثبت العقد بيع مثلاً فقبل القابل رهناً أو عارية أو غيرها ، فلا ينعقد العقد ولا ينتج أثره ، فإن اتفقا في جنس العقد واختلف محله بأن باع المثبت للمبيع والموجب له سيارة فقبل الطرف الآخر منزلاً أو قطعة أرض مثلاً فلا يصح .

ولو اتفقا في جنس واتحد محله واختلفا في قيمة الثمن بأن باع أحدهما بألف فقيل الآخر بخمسمائة أو أقل فلا يصح العقد كذلك .

وفي هذه الحالة فربما كان الخلاف غير مؤثر في اتفاقهما على القيمة كما لو باع بألف فقبل ألفين ، فان العقد في هذه الحالة يكون صحيحاً لتضمن القبول القيمة التي باع بها الطرف الأول ، والزيادة في هذه الحالة تبرع للبائع أن يقبلها أو يردها ، وهذا عند بعض العلماء .

وربما يتفق الإيجاب والقبول على كل ما ذكر ثم يختلفان في جنس الثمن كأن يوجب الموجب ألف جنيه مصري فيقبل بألف جنيه سوداني مثلاً فلا يصح العقد حينئذ . (١)

---

١ - فتح القدير ٥/٧٧-٨٢، مغنى المحتاج ٢/٧، كشاف القناع ٢/٣ .

الفرع الثالث
في
أن يتصل الإيجاب بالقبول

واتصال الإيجاب بالقبول أمر متفق عليه بين الفقهاء ، إلا أنهم اختلفوا في حقيقة هذا الاتصال .

فيرى الشافعية [1] أن الاتصال من حيث الزمن بحيث لا يتخلل بين الايجاب والقبول اعراضاً عن التعاقد .

وأما غير الشافعية وهم الجمهور ، فيرون [2] أن الإتصال المشترط اتصال من حيث المكان ، فلو أوجب أحدهما ، ثم تشاغلا بشيء آخر وهما في المجلس ثم قبل الطرف الثاني قبل قيامه من مجلسه انعقد العقد بالايجاب السابق .

والمقصود بالاتصال أن يصدر القبول متصلاً بالايجاب في مجلس العقد إذا كان المتعاقدان حاضرين دون أن يفصل بينهما فاصل .

فاذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً ، فيجب على الغائب بمجرد وصول الايجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالايجاب دون فاصل .

ويتحقق الاتصال عند الجمهور باتحاد المجلس ، فاذا صدر الايجاب من أحد الطرفين ، فليس من اللازم أن يصدر القبول من الطرف الآخر فوراً ، بل يجيز أن يتأخر في اصداره بعض الوقت مادام المجلس قائماً .

ويتحقق الاتصال عند الشافعية بأن يصدر القبول عقب صدور العقد ، فاذا لم يصدر القبول فوراً لا ينعقد العقد ، واعتبروا أن صدور أي عمل

---

١ - المجموع ١٦٩/٩.

٢ - أنظر: المراجع في الصفحة السابقة.

من الآخر في مجلس العقد قبل اظهار رغبته يكون فاصلاً ومانعاً من تلافي الايجاب بالقبول ، ويعتبرونه بهذا منهياً لمجلس العقد .

وعلى ذلك نتناول التعاقد بين حاضرين ، والتعقاد بين غائبين ، ومجلس العقد في كلا الحالين :

■ أولاً: التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد:

الرجح: أن المراد باتحاد المجلس هو اتحاد الزمان والوقت الذي يكون فيه التعاقد .

ويرى البعض أن المراد باتحاد المجلس هو اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد ، وعلى ذلك قالوا لا ينعقد العقد بين ماشيين أو راكبين لشيء ولا يستطيعان ايقافه عن السير ، لأن المجلس يتغير بتغير المكان ، فصار مكان القبول غير مكان الإيجاب ، فلا يحصل التلاقي بينهما .

ومجلس العقد قد جعل جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، ولذلك اشترط الشافعية الفورية في القبول ، فاذا لم يصدر القبول فوراً لا ينعقد العقد .

واعتبروا أن صدور أي عمل من الآخر في مجلس العقد قبل اظهار رغبته يكون فاصلاً ومانعاً من تلاقى الإيجاب بالقبول ومنهياً لمجلس العقد .

إلا أنه لما كانت الفورية هذه قد تضيعّ على القابلِ فرصة التدبر والتأمل ، فقد قالوا بخيار المجلس ، فللقابل أن يرجع عن قبوله الفورى مادام المجلس قائماً لم ينقض ولم يمتد إلى ماوراءه رعاية لجانب الموجب في ذات الوقت .

أما جمهور الفقهاء فلا يشترطون فورية القبول وإنما يكون للقابل أن يقبل مادام المجلس قائماً وباقياً ، ولم يصدر من أحدهما مايدل على

الإعراض ، كالتكلم بكلام أجنبى عن العقد ، أو النوم ، أو القيام وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب ، ففى كل هذه الأحوال ينتفى مجلس العقد .

أما إذا انقضى مجلس العقد دون قبول فقد سقط الايجاب ولا يجوز للآخر أن يقبل بعد ذلك ، فإن فعل عد قبوله إيجاباً جديداً لابد فيه منق قبول المتعاقد الأول في مجلس الايجاب الجديد .

عقود مستثناة من اشتراط القبول في مجلس الإيجاب:

اشتراط اتحاد المجلس جاء في جميع العقود ماعدا العقود الثلاثة الآتية :

١ - الوصية:

لا يشترط في انعقادها القبول في المجلس ، لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت .

٢ - الإيصاء:

وهو جعل الغير وصياً على أولاده بعد وفاته ، ومن ثم يصح القبول ويرتبط بالإيجاب ولو كان في غير مجلس الايصاء ، اذ الموصي إليه لا يكون وصياً إلا بعد وفاة الموصي .

٣ - الوكالة:

فيجوز أن يكون القبول في غير مجلس الإيجاب ، ومن هنا صح توكيل الغائب ، فإذا علم بالوكالة وقبل تم العقد .

النتائج التي تترتب على نظرية مجلس العقد:

يترتب على نظرية مجلس العقد نتائج ثلاث :

١ - أن يكون للمخاطب بالايجاب خيار القبول إلى أن ينقض

مجلس العقد .

فالقبول غير محتم فى مجلس العقد انما صيغت نظريته لتحديد الميعاد الذي يتم فيه قبول الإيجاب أو رفضه كما قدمنا ، فمادام مجلس العقد قائماً لم ينقص ، كان للمتعاقد الذي وجه إليه الإيجاب أن يقبله أو يرده .

ويمتنع القبول بموت أحد الطرفين حتى ولو لم ينقض المجلس ، فاذا مات الموجب فإن الإيجاب يسقط بموته ، أما إذا مات من وجه إليه الإيجاب فلا ، لأن القبول لا يورث ،وكذلك اذا افقد أحد المتعاقدين أهليته . [1]

٢ - أن يكون للموجب خيار الرجوع عن ايجابه إلى أن يصدر القبول أو ينقض المجلس ، فمجلس العقد اذن يحدد متى جهة من يجوز للموجب أن يرجع في ايجابه ، ويحدد من جهة أخرى متى يجوز للمتعاقد الآخر أن يقبل .

ومن ثم نرى أنه اذا كان القبول غير محتم كما قدمنا ، فان الايجاب أيضاً غير ملزم إلا في بعض المذاهب وسنبسط ذلك في موضعه . [2]

٣ - أن يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس في مذهب الشافعي وفي مذهب أحمد . [3]

وقد رأينا فيما تقدم أن الشافعي يوجب الفور في القبول ، لأن الضرورة تندفع به ، ولما كان الفور يضيع على القابل فرصة التدبر والتأمل فقد عوض عن ذلك بخيار المجلس فله أن يرجع عن قبوله الفوري مادام المجلس قائماً لم ينقض ، فتتاح له بذلك فرصة للتدبر .

ونرى من ذلك أن القبول كالايجاب غير ملزم في مذهبي الشافعي

---

١ - فتح القدير ٥/ ٧٨، .
٢ - البدائع ٥/ ١٣٤.
٣ - المهذب ١/ ٢٥٧، المغنى ٤/ ٦.

وأحمد ، وأن مجلس العقد كما يحدد متى يجوز للموجب أن يرجع في الايجاب ، وأيضاً يحدد متى يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبل ويحدد كذلك متى يجوز لكل من القابل والموجب أن يرجع في العقد .

فمجلس العقد إذن هو الوقت الذي يجوز فيه استعمال خيار القبول وخيار الرجوع وخيار المجلس ، ومن ثم كانت هذه الخيارات الثلاثة هي النتائج الرئيسية لمجلس العقد .

ونستعرضها الآن بشيء من التفصيل:

■ خيار القبول:

جاء في البداية : قال اذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ، إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد ، وهذا خيار القبول ، لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه .

ويبطل الإيجاب بما يدل على الاعراض ، وبرجوع أحدهما عنه وبموت أحدهما ، ولذا قلنا أن خيار القبول لا يورث .[١]

■ خيار الرجوع:

جاء في فتح القدر[٢] : وللموجب أيهما كان بائعاً ومشترياً ، أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب ، لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى ، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك ، والموجب هو الذي اثبت له الولاية ، فله أن يرفعها كعزل الوكيل ، ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك ، فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيه .

هذا ومذهب مالك[٣] على غير ذلك فقد نصوا على أن (من أوجب

---

١ - ابن عابدين ٤/٢٩ .

٢ - فتح القدير ٥/٧٨-٨٢.

٣ - الحطاب ٤/٢٤٠.

البيع من المتساومين لصاحبه لا يلزمه ، وله الرجوع عنه في المجلس مالم يجبه صاحبه بالقبول فيه) ، وهذا ظاهر ، إلا أنه ليس على مذهب مالك ، وانما هو قول محمد بن الحسن ، والذي يأتي على مذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول ، ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك .

ولو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يبيعه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد القبول .

ونستخلص مما سبق:

أولاً: مذهب مالك صريح في أن الايجاب بعد صدوره ملزم لصاحبه ، فلا يجوز له الرجوع عنه ، ولو رجع عنه قبل صدور القبول ، ثم صدر القبول بعد الرجوع فإن العقد يتم بالرغم من الرجوع عن الايجاب .

ويظهر أن السبب في ذلك أن الإرادة المنفردة عند المالكية تلزم صاحبها .

ثانياً: أما في المذاهب الأخرى فالإيجاب غير ملزم ، وقد رأينا أن الإيجاب يسقط بإنقضاء المجلس دون أن يصدر القبول ، ويسقط بموت أحد المتعاقدين أو فقده لأهليته قبل صدور القبول .

كذلك يسقط الإيجاب برجوع الموجب عنه قبل صدور القبول ، ولو قبل انفضاض المجلس .

آما إذا صدر القبول في ملجس العقد ، فقد امتنع على الموجب أن يرجع عن إيجابه على أنه إذا صدر القبول وفي الوقت ذاته رجع الموجب عن ايجابه أي تعاصر صدور القبول ورجوع الموجب ، فإن الرجوع يصح ، ولا يتم العقد .

ثالثاً: وتعليل حق الموجب في الرجوع عن ايجابه انه خال من ابطال حق الغير ، كما جاء في الهداية وفتح القدير ، ذلك أن الموجب لم يثبت

لمن خاطبه بالإيجاب إلا حق التملك ، وهو اذا كان أقوى من الرخصة ، فهو أضعف من حق الملك ، والقاعدة أن حق التملك لا يعطل حق الملك ، فحق التملك الثابت للأب في مال ولده عند الحاجة لا يعطل من حق الولد في أن يتصرف في ملكه كيف شاء .

أما تعجيل الزكاة فيثبت لمن عجلت له حق الملك لاحق التملك ، ولذلك لا يجوز استردادها .

خيار المجلس:

معناه: أن لكل من المتعاقدين حق الرجوع عن العقد إلى حين انفضاض المجلس ويستقل في ذلك بإرادته وحدها . [١]

ومعنى ذلك أن العقد لا يلزم الا بتفرق العقادين وإنهاء مجلس العقد[٢] ، أما قبل تفرقهما فلا يلزم الا بأن يخير أحدهما الآخر فيختار العقد ، وقبل ذلك يكون لكل منهما حق الفسخ ما داما في المجلس ، وهذا الخيار أثبته الشافعي والحنابلة وأكثر أهل العلم ، ونفاه الحنفية كلهم والمالكية الا ابن حبيب .

غير أن المثبتين له جعلوه مقصورا على العقود اللازمة من الجانبين القابلة للفسخ ، كالبيع المعروف والصرف والسلم وبيع التولية (وهو بيع الشيء بمثل ما اشترى به) ، وما في معني البيع كالهبة بعوض وصلح المعاوضة والإجارة لأن الدليل المثبت له جوزه في البيع ويقاس عليه ماهو فى معناه من عقود المعاوضات . [٣]

أما العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ من الجانبين كالزواج [٤]

---

١ - الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٥٦.
٢ - نظرية العقد للدكتور مطلوب ص ١٤٠-١٤١.
٣ - المجموع للنووى ١٧٤/٩ .
٤- المغنى ٥٦٣/٣-٥٦٥.

والخلع ، فلا يدخلها خيار المجلس ، لأنها ليست في حاجة إلى هذا الخيار ، من حيث أنها لاتتم غالبا الا بعد روية وإعمال فكر ، وخيار المجلس شرع لتدارك الغبن الذي قد يلحق أحد المتعاقدين من قبوله فور الأيجاب من غير روية ، وهذا يكون في البيع وأمثاله عادة .

وكذلك لا يثبت هذا الخيار في العقود التي لا تلزم من الجانبين كالوصية والوكالة والعارية والوديعة ، وكذا العقود اللازمة من جانب واحد كالرهن والكفالة ، لعدم الحاجة اليه لإمكان فسخها في أي وقت .

وأنقسمت فيه المذاهب أنقساما شديدا ، وكثر بينهم الجدل بشأنه .

آراء الفقهاء في خيار المجلس:

١ - ذهب الشافعية والحنابلة [1] إلى أثبات خيار المجلس ، وأن أيا من المتعاقدين يكون له خيار المجلس ما دام المجلس قائماً لم ينقض ، فإذا المجلس يبطل الخيار .

ولعل الأصح في تصوير مذهب من يقول بخيار المجلس أن يكون هناك مجلسان مجلس للعقد وينقض بالقبول أو بالاعراض من المتعاقد .

ومجلس الخيار ويعقب مجلس العقد فورا ولا ينقض الا بتفريق المتعاقدين بالبدن .

حجة من يثبت خيار المجلس:

وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا ، الا بيع الخيار» وفي بعض روايات هذا الحديث« الا أن يقول أحدهما لصاحبه أختر» وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها .

---

١ - المغنى ٥٦٣/٣ - المجموع ٩ / ١٧٤ .

٢ - المانعون لخيار المجلس:

أنكر الحنفية والمالكية خيار الجلس ، وعندهم أن العقد متى تم في مجلسه بصدور القبول امتنع على أن من المتعاقدين بعد ذلك أن يرجع ، لأن صفة العقد الالزام ، ولا الزام اذا أجزنا منهما الرجوع .

ويبدوا أن الحنفية والمالكية في إنكارهم لخيار المجلس إنما يجعلون مجلس العقد ينقض ضرورة بصدور القبول اذ الفحوى من الناحية العلمية ، الا يكون لأحد من المتعاقدين حق الرجوع بعد صدور القبول ، وأن يكون المجلس قد أنقض بصدور القبول .

واستدلوا لرأيهم بما يأتي:

١ - أنه بعد أن يتم العقد بإقتران القبول بالأيجاب يجب الوفاء به صدور ، فقد جاءت بوجوب الوفاء بالعقود نصوص قاطعة في ثبوتها ودلالتها مثل قوله تعالى : **﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾** .

وبتحقق العقد يجب الوفاء ، وخيار المجلس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد وذلك مخالف لنصوص القرآن الذي أوجب الوفاء بمجرد العقد .

٢ - القياس : استدلوا أيضا بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة والخلع والرهون ونحو ذلك ، وهي عقود اتفق الجميع على عدم اثبات خيار المجلس فيها . (١)

مناقشة ما قاله المانعون:

نص صاحب المغنى (٢) على أن : كثير من أهل العلم عابوا على مالك

١- بداية المجتهد ٢/١٣٩-١٤١.

٢- المغنى ٣ / ٥٦٣ - ٥٦٥ .

مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده .

وقال الشافعي: لا أدري هل أتهم مالك نفسه أو نافعا؟ وأعظم أن أقول : عبدالله بن عمر ، وقال أبن أبي ذئب : يستتاب مالك في تركه لهذه الحديث .

فأن قيل : المراد بالتفرق ها هنا التفرق بالأقوال كما قال تعالى : ﴿ وما تفرق الذين أوتو الكتاب﴾ ، وقال النبي ﷺ : «ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة» أي بالأقوال والاعتقادات قلنا : هذا باطل لوجوه منها : أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه ، اذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد ، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه .

الثاني: أن هذا يبطل فائدة الحديث ، اذ قد أعلم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه .

الثالث: أنه قال في الحديث : «اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما» وقال : «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» .

الرابع: أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث قبله ، فإنه كان اذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع ، وتفسير ابن برزة له بقوله على مثل قولنا ، وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه .

ولا يصح قياس البيع على النكاح ، لأن النكاح لا يقع غالبا الا بعد روية ونظر وتمكن ، فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة ، لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد ، وذهاب حرمتها بالرد والحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية .

الترجيح:

ذكر صاحب مصادر الحق [1] أنه يرجح المذهب الذي لايأخذ بخيار المجلس للأعتبارات الاتية :

١ - القول بخيار المجلس يقتضي تعليق مصير العقد إلى حين انفضاض المجلس ، ولما كان وقت انفضاض العقد غير منضبط فهو متوقف على التفرق وقد وقع الخلاف فيه الأمر الذي يترتب عليه الإخلال بإستقرار التعامل .

٢ - القول بخيار المجلس يزعزع من قوة العقد الملزمة .

٣ - أما حديث الرسول ﷺ الذي يحتج به من يقول بخيار المجلس فقد كثرت الروايات فيه .

وتأويل هذا الحديث هو أن النبي ﷺ لا يقصد أن يقرر للموجب خيار الرجوع في ذاته وللمتعاقد الآخر خيار القبول في ذاته ، ولكن قصد أن يحدد الوقت الذي ينقطع فيه كل من خيار الرجوع وخيار القبول ، وهذا الوقت هو وقت تفرق المتعاقدين بالابدان لا بالاقوال وعلى هذا التأويل لا يكون الحديث مقرراً لخيار المجلس ، بل كما قدمنا محددا للوقت الذي ينقطع فيه خيار القبول وخيار الرجوع .

ثانيا: التعاقد بين غائبين ومجلس العقد:

مجلس العقد في التعاقد بين غائبين هو محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة من الرسول .

وقد جاء في الهداية [2] : «والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى أعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة» .

وينعقد بمجرد القبول وإعلانه طالما لم يرجع الموجب عن ايجابه أي كان

---

١ - مصادر الحق للسنهوري ٣٧/٢-٤٠.

٢ - فتح القدير ٧٨/٥-٨٢.

الايجاب باتا .

وللمتعاقد الذي بلغه الايجاب بالكتابة أو الرسالة خيار القبول في مجلس العقد .

فإذا انتهى المجلس سقط الايجاب ، ومن ثم لا يصح القول بعد ذلك أنه إذا كان الايجاب كتاباً - وقرأه المتعاقد الاخر ولم يجب حتى انقض المجلس ثم أعاد قرائته مرة أخرى في مجلس آخر وقبل تمام العقد ، لأن الكتاب باق وتكون قراءته في المجلس الثاني بمثابة ما لو تكرر الايجاب . [1]

وكذلك يجوز للموجب أن يرجع عن ايجابه قبل قبول الطرف الآخر في التعاقد وقبل بلوغ الكتاب أو الرسالة سواء علم أو لم يعلم ، كما لا يشترط علم الرسول بالرجوع . [2]

العقود العينية:

اذا كان العقد في الفقه الإسلامي يوجد بمجرد ارتباط القبول بالايجاب على نحو متقدم فإن هناك عقودا لا تتم الا بتسليم العين محل العقد ولا يكفي فيها الايجاب والقبول وهي ما تسمى بالعقود العينية وهي : الهبة - العارية ، والايداع ، والقرض والرهن فهذه العقود يشترط فيها القبض لتمامها ، لأنها تبرع ولا يتم التبرع الا بالقبض .

ويستثنى من العقود العينية عقد الوصية ، اذ يتم بمجرد وفاة الموصي وقبول الموصي له ، أو عدم رده بعد الوفاة ، ويصبح المال ملكا بلا حاجة إلى تسليم . [3]

---

١ - مصادر الحق ٤٩/٢.

٢- البدائع ١٣٨/٥ ، حاشية الزرقاني ٦٥/٥.

٣ - المدخل الفقهي للزرقا ص ٣٣٩- ٣٤٠.

المبحث الثاني
في
العاقدان

يشترط في العاقد : صحة التصرف ، بمعنى أن يكون أهلا لايجاب الحقوق له أو عليه ، وصلاحيته لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا .

ويتضح ذلك من خلال بيان الأهلية ، وتقسيماتها وتوضيح عوارضها .

وسبق بيان ذلك مفصلا في الفصل الأول ، عند الكلام عن نظرية الحق .

المبحث الثالث
في
المعقود عليه (محل العقد)

تعريف المحل وشروطه:

المحل: هو ما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه وهو المقصود من العقد وغايته .

ويرى البعض أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد ، ولكن أهميته لا تظهر الا في الالتزام الذي ينشأ من العقد ، ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد . [1]

ومحل العقد: هو الثمن والمثمن وينبغي توافر الشروط الآتية فيه:

١) أن يكون موجودا .
٢) أن يكون مالا متقوما .
٣) أن يكون طاهرا .
٤) أن يكون مقدورا على تسليمه .
٥) أن يكون معلوما .
٦) أن يكون مملوكا ملكا مستقرا .

ونتكلم عن هذه الشروط من خلال المطالب الآتية:-

---

١ - مصادر الحق للسنهوري ٦/٢.

المطلب الأول
في
أن يكون موجودا

يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون المحل موجودا فعلا وقت التعاقد ، فإن لم يكن موجودا فالعقد باطل ، وكذلك ماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال بعت ولد ولد هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل ، وبيع البيض في الطير وبيع ما تحمله هذه الشجرة ، لأن ذلك معدوم ، وقد يحصل وقد لا يحصل ، ولأن الشارع نهى عن هذا في حديث عبدالله بن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ : «نهى عن بيع حبل الحبلة ، وكان بيعا يبتاعه أهل الجاهلية ، وكان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي ببطنها» . (١)

وذكر النووي هذه المسألة محل اجماع بين العلماء حيث قال : فبيع المعدوم باطل بالأجماع ، ونقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة ونحو ذلك . (٢)

أما المنافع فلا يشترط وجودها عند التعاقد ، لأن هذا لا يتصور مع طبيعتها ، أما أذا كان العقد واردا عين مالية فقد وجد فيه الخلاف بين الفقهاء .

فالشافعية والحنفية:

اشترطوا وجود المحل في جميع العقود دون تفرقة بين عقود المعاوضات

---

١ - رواه البخاري ومسلم.

٢ - المجموع ٢٥٨/٩.

والتبرعات ، وأستثنى الحنفية عقد السلم ، والاستصناع .

والمالكية:

يشترطون وجود المحل في عقود المعاوضات دون التبرعات ، ففيها يجوز أن يكون المحل معدوما .

والحنابلة:

وخاصة أبن تيمية وأبن القيم أجازوا التعاقد على المعدوم في كل العقود ما دام قد تعين بالأوصاف وأرتفع الغرر ، إذ أن السبب عندهم في منع التعاقد على المعدوم هو منع الغرر وخشية التنازع ، فالمحظور هو بيع الغرر لا بيع المعدوم . (١)

واليك ما تفرع على هذا الشرط من مسائل:

أولا: الشيء الموجود في أصله وقت التعاقد ثم يتكامل بعده:

أ- بيع الثمر بعد طلوعه على الشجر ، والزرع في الأرض بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح ، والضابط في هذه المسألة هو إن كان الثمر أو الزرع قد ظهر أو صار منتفعاً به ولكن لم يبد صلاحه ، فالبيع جائز بشرط القطع ، فإذا اشتراه بشرط الترك لا يجوز .

وإن أشتراه مطلقا يجوز ، لأنه يقتضى التسليم في الحال . (٢)

ولكن محمد من الحنفية يجير بيع الثمر والزرع قبل بدو صلاحه ويشترط الترك فيما يتناهى عظمه أستحسانا .

أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيبقيان على القياس ، ويكون البيع فاسدا في هذه الحالة ، ولكنهما يجيزان في البيع المطلق أن يترك المشتري الزرع

---

١ - البدائع ١٣٨/٥-١٣٩، بداية المجتهد ١٢٤/٢، مغنى المحتاج ٩٢/٢.

٢ - المبسوط ١٩٤/١٢-١٩٧، المهذب ٢٨١/١و المغنى ٩١/٤.

أو الثمر حتى ينضج بإذن معتبر من البائع وتطيب الزيادة في هذه الحالة للمشتري فلا يجب عليه التصدق بها . (١)

أما اذا لم يكن هناك اذن وكان البيع مطلقا فإنه يجيز مع ذلك ترك الزرع أو الثمر حتى ينضج ، ولكن الزيادة في هذه الحالة لا تطيب للمشتري وعليه أن يتصدق بها .

ب - بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض أن يثمر بدا صلاحه ولم يخرج البعض الآخر ، في هذه المسألة رأيان .

الرأي الأول:

أن التعاقد يصح على ما وجد فقط ، ولا يصح التعاقد على ما سيوجد من الثمار في المستقبل ، ولا يدخل في العقد من لم يبدأ في الظهور ، وهذا رأي الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية . (٢)

الرأي الثاني:

يجوز بيع ما لم يظهر من الزرع مع ما ظهر من لم يبدأ اذا كان متابيعا بحيث يصعب تمييز البطن الأولى عما يليها القثاء والبطيخ .

وإلى هذا ذهب المالكية وابن تيمية وابن القيم . (٣)

الأدلــة

أدلة الرأي الأول:

١ - نهى النبي ﷺ لحكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده . (٤)

دل ذلك على أن بيع غير الموجود عند البائع منهى عنه ، والمبيع الذي لم يوجد بعد يصدق عليه النهي .

---

١ - الفتاوي الهندية ١٠٦/٣.

٢ - المهذب ٢٨١/١، المغنى ١٠٣/٤.

٣ - بداية المجتهد ١٣٠/٢- ١٣١.

٤ - نيل الأوطار ١٥٥/٥.

٢ - واستدلوا بالقياس فقالوا : إنها ثمرة لم تخلق ، فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن ما لم يبدو صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ، ولأن مالم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعا لما خلق وإن كان مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا . (١)

ما ورد على هذه الأدلة:

ردوا الحديث بقولهم : إن هناك ضرورة توجب صحة مثل هذا البيع ، لأنه لا يمكن التمييز بين ما نضج منه وما لم ينضج ، ويتعذر حبس أوله حتى ينضج آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منه مع ما خلق وبدا صلاحه قياسا على جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع طاب ، ولأن الضرورة داعية إلى ذلك . (٢)

٢ - ورد القياس بأن هناك فرقا بين المقيس والمقيس عليه حيث دعت الضرورة هنا إلى القول بالجواز وهي عدم القدرة على الفصل بين السابق واللاحق ، أما التعاقد على الثمار قبل أن يظهر شيء منها فلا ضرورة معه تدعوا اليه فافترقا .

أدلة الرأي الثاني:

أجازوا بيع الجميع ، لأن ذلك يشق تمييزه ، فيجعل ما لم يظهر تبعا لما ظهر ، كما أن ما لم يبد صلاحه جاز تبعا لما بدا ، لأن الأصل عند مالك أن الغرر اليسير يجوز لموضع الضرورة ، وهو الغرر اليسير غير المؤثر في البيوع ، والذي تدعو إليه الضرورة . (٣)

وما نميل إليه : هو الرأي الثاني لأن الضرورة هي التي حتمت البيع والغرر

---

١ - المغنى ١٠٣/٤.

٢ - بداية المجتهد ١٣٦/٢-١٣٧.

٣ - القوانين الفقهية ص ٢٦١، الفروق ٢٧٠/٣.

اليسير لا يمكن الاحتراز منه في البيوع ، فرجحنا القول الثاني لذلك .

■ **ثانياً: الشيء غير موجود فعلاً وقت التعقاد ولكنه محقق الوجود في المستقبل :**

لقد كان الأصل الذي قام عليه الفقه الإسلامي هو عدم جواز بيع المعدوم لفكرة الغرر ، ولكن سرعان ما اختفى هذا الأصل ، وأصبح انعدام الشيء في ذاته هو سبب البطلان ، ولو لم يكن هناك غرره أو كان هناك غرر يسير لذلك نجد اجماعاً من المذاهب على أن الشيء إذا لم يكن موجوداً أصلاً وقت التعاقد ، كان العقد باطلاً ، حتى لو كان وجوده محققاً في المستقبل .

لقد سلم الفقهاء كما رأينا ، أن الشيء إذا كان موجوداً في أصله دون أن يوجد كاملاً - كالزرع أو الثمر الذي لم يبد صلاحه وكالزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض - فهذا الوجود الأصلي وإن لم يكن وجوداً كاملاً يكفي لجواز التعاقد . [1]

أما انعدام الشيء أصلاً ، فقد خلطوا بينه وبين الغرر ، واعتبروا أن التعامل في شيء منعدم وقت التعاقد ينطوي في ذاته على غرر يفسد العقد ، ولم يميزوا بين مصير الشيء المعدوم في المستقبل هل هو محقق الوجود فتزول الخشية من الغرر ، وكان ينبغي أن يصح العقد ، أو هو محتمل الوجود وعند ذلك يدخل عنصر الغرر بقدر متفاوت فيعالج بالقدر الذي يقتضيه على أن تعامل الناس والحاجة دعيا إلى إجازة بيع المعدوم في السلم والاستصناع استحساناً لجريان التعامل بهما وإن كان العقد فيها يقع على شيء معدوم وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل ، ومن ثم يمكن القول بأن النهي عن بيع المعدوم إنما هو لما ينطوي

---

١ - مصادر الحق للسنهوري ٣/٣١.

عليه من غرر وما يؤدي إليه من جهالة ومغامرة .

فالمحظور إذن هو بيع الغرر لا بيع المعدوم ، ويبقى أن نحدد ما هو الغرر ، وما هي أقسامه ، وما الذي يفسد منها العقد؟ وما الذي لا يؤثر في صحته؟ وهذا ما سنوضحه عند الكلام عن الشيء غير محقق الوجود في المستقبل .

■ **ثالثاً:** الشيء موجود في أصله ولكنه غير محقق الوجود في المستقبل :

ومن ذلك : بيع اللبن في الضرع ، وبيع حمل الدابة في بطنها ، وبيع المضامين والملاقيح ، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة ، كل هذه بيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش ، فهي كالمقامرة لا تجوز كما سيأتي التفصيل بعد [1] الكلام عن الغرر .

■ **تعريف الغرر في اللغة:**

غو الرجل غرارة ، وغرة : جهل الأمور وغفل عنها ، وغر غروراً : خدعة وأطعمه بالباطل ، يقال : غره الشيطان ونحوه ، وغرته الدنيا .

فهي غرور ، وهو مغرور ، وغرير .

ويقال ماغرك بكذا : ما جرأك عليه وفي التنزيل العزيز : ﴿**يا أيها الإنسان ما غرك بربك الكريم**﴾ وغرر به تغريراً : عرضه للهلاك .

واغتر فلان : غفل ، واغتر بكذا : خدع به .

والغرر : الخطر ، والتعريض للهلكة ، وبيع الغرر : بيع ما يجهله المتبايعان ، أو مالاً يوثق بتسلمه . [2]

■ **تعريف الغرر في الإصطلاح:**[3]

عرفه بن تيمية بقوله : إن الغرر قد قيل في معناه أنه ما خفيت عاقبته

---

١ - بداية المجتهد ١١٢/٢.

٢ - مصادر الحق للسنهوري ٣١/٣.

٣ - العقود لابن تيمية ص ٢٢٤.

وطويت مغبته أو انطوى أمره .

وعرفه النووي بما هو مثل ذلك فقال : والغرر ما انطوى عنه امره وخفى عليه عاقبته ، وقيل : ما تردد بين السلامة والعطب .

وقيل في تعريفه أيضا : هو الذي لا يدري هل يحصل أو لا ، وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول ، كبيعه ما في كمه فهو يحصل قطعاً لكن لا يدري أي شيء هو . (1)

فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه .

والجهالة بدون الغرر كشراء حجر لا يدري أزجاج أم ياقوت فمشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به . (2)

■ **أقسام الغرر:**

ينقسم الغرر من حيث تأثيره في صحة العقد ، إلى قسمين غرر مؤثر ، وغرر غير مؤثر .

فالغرر المؤثر هو ما يفسد العقد ، والغير مؤثر : هو ما لا يؤثر في صحة العقد ، بل يبقى العقد معه صحيحاً .

وقيل الغرر ينقسم إلى قسمين:

كثير ممتنع اجماعاً - وقليل جائزاً اجماعاً - ومتوسط اختلف فيه هل يحلق بالأول أو بالثانى ، وهذا هو سبب اختلاف الفقهاء في فروع الغرر والجهالة . (3)

■ **أثر الغرر على العقود:**

في المعاوضات ، يكون الغرر مؤثراً - أي مفسداً للعقد - اذا كان غرراً

---

١ - الفروق ٣/٢٦٥-٢٦٦.

٢ - تهذيب الفروق ١/١٧٠-١٧١.

٣ - أعلام الموقعين ١/٥٣٩-٣٦٠، القوانين الفقهية ص ٢٥٦-٢٥٧.

كثيراً لا تدعو له الضرورة ، أما اذا كان الغرر يسيراً ، أو كان كثيراً ولكن تدعو له الضرورة ، لا تأثير له في صحة العقد ، وهناك غرر ما بين الكثير واليسير كما سبق ، فلارتفاعه عن اليسير يلحقه بعض الفقهاء بالكثير ، ولإنحطاطه عن الكثير يلحقه بعض الفقهاء باليسير .

أما في التبرعات ، فلا يكون الغرر ، مهما كان كثيراً مؤثراً في صحتها أم لا؟ ، وذلك أنه لا ضرر من الغرر ، ولو كان كثيراً ، على من يتلقى التبرع ، لأنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر .

وعقد الزواج - وهو ليس معاوضة صرفة أو تبرعاً صرفاً ، بل بين بين - يغتفر فيه من الغرر أكثر مما يغتفر في المعاوضات وأيسر ما يغتفر في التبرعات ، للتوسط بين هذين الطرفين .

على أن معايير الغرر - الكثير ، واليسير ، والمتوسط ، الذي تدعو له الضرورة - تختلف في تطبيقاتها في بيئة عن بيئة ، وفي عصر عن عصر . [1]

ومن ذلك ما ذكره ابن رشد [2] في بداية المجتهد : «من أن الفقهاء قد أجمعوا على عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لما يتلعق به من الغرر ، ويقولون أن موجب العقد التسليم في الحال» .

ويفند ابن القيم في اعلام الموقعين [3] هذا الرأي على الوجه الآتي :

وقوله ان موجب العقد التسليم في الحال : جوابه أن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشرع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه ، وكلاهما منتف في هذه الدعوى ، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد ، ولا العاقدان التزما ذلك ، بل تارة يعقدان

---

١ - مصادر الحق ٣/٤٩-٥٠.
٢ - ٢/١٣٠.
٣ - ١/٣٥٩-٣٦٠.

العقد على هذا الوجه وتارة يشترطان التأخير إما في الثمن وأما في التسليم .

وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة في تأخير التسليم للمبيع وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة ، وان كانت منفعة البضع للزوج ولم تدخل في البيع ، واتفقوا على جواز تأخير التسليم اذا كان العرف ، يقتضيه كما اذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام ، فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة ، بل قالوا إن هذا مستثنى بالعرف فيقال وهذا من أقوى الحجج عليكم ، فان المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف ، كما أنه أوسع في المستثنى بالشرع ، فإنه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع .

وأيضاً فقولكم ان موجب العقد استحقاق التسليم في الحال يرد عليه بأن النبي ﷺ جوز بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح ، ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال ، بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها .

وتختلف أيضاً معايير الغرر في البيئة الواحدة والعصر الواحد ، فبيع الغائب على الصفة لا يجوز عند الشافعي ، لأنه يرى أن الغرر فيه كثير .

ويجوز عند أبي حنيفة مع خيار الرؤية .

ويجوز عند مالك لازماً من غير خيار إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته .

وسبب الخلاف بين أبي حنيفة ومالك على نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء ، فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس مؤثراً فيكون من الغرر اليسير .

فأبو حنيفة يراه غرراً كثيراً مؤثراً فيجيز خيار الرؤية ، ومالك يراه غرراً

يسيراً غير مؤثر ، فيجعل البيع لازما . [1]

■ تطبيق المعايير المتقدمة على بيع الشيء غير المحقق الوجود في المستقبل:

أولاً: بيع اللبن في الضرع

أجمع العلماء على أنه يجوز بيع الشاة أو الماشية وفي ضرعها لبن ، لأن ذلك وإن كان فيه جهالة من ناحية معرفة قدر اللبن الموجود في الضرع ، الا أن ذلك جائز الداعية اليه . [2]

فأما بيع اللبن في الضرع وحده فقد اختلف فيه على رأيين :-

الرأي الأول:

يرى جمهور الفقهاء من الشافعية ، والحنابلة ، واسحاق وأصحاب الرأي أن بيع اللبن في الضرع لا يجوز . [3]

واستدلوا على ذلك:

بما رواه أبو سعيد [4] قال : نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعن بيع ما في ضروعها الا بكيل ، وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة الغائص . [5]

وقد ضعف الحافظ اسناد هذا الحديث وقد ثبت عن عمران ابن حصين مرفوعا عند ابي بكر بن أبي عاصم بلفظ (نهى عن بيع ما في ضروع الماشية قبل أن تحلب وعن الجنين في بطون الأنعام ، وعن بيع السمك في

١- مصادر الحق ٣ / ٥ .
٢ - المجموع ٢٥٨/٩.
٣ - المهذب ٢٦٦/١ .
٤ - نيل الأوطار ١٤٨/٥-١٤٩.
٥ - نيل الأوطار ١٥٠/٥.

الماء ، وعن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ، وعن بيع الغرر» . (١)

ولأنه مجهول الصفة والمقدار فأشبه الحمل ، لأنه بيع عين لم تخلق فلم يجز كبيع ما تحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف .

الرأي الثاني:

وقال بعض السلف مثل الحسن وسعيد بن جبير ، ومحمد ابن مسلمة بجواز بيع اللبن في الضرع ، وحكى عن مالك قوله : يجوز أياما معلومة اذا عرفا حلابها لسقى الصبي .

واحتجوا بقياس ذلك على استئجار الظئر .

ورد هذا القياس:

بأن لبن الظئر (العاطفة على ولد غيرها المرضعة له) إنما جاز للحضانة ، لأنه موضع حاجة (٢) .

الراجح:

ما قال به جمهور الفقهاء من أن بيع اللبن في الضرع لا يجوز لقوة أدلتهم ، ولأن ذلك يؤدي للغرر المنهى عنه والثابت في الصحيحين - والله أعلم .

ثانيا: بيع الحمل وما في معناه:

«عن ابن عمر قال : نهى رسول ﷺ عن بيع حبل الحبلة رواه أحمد ومسلم والترمذى ، وفي رواية : نهى عن بيع حبل الحبلة» .

وهو : أن تنتج الناقة ما في بطمنها ثم يحمل التي نتجت . رواه أبو دواود .

وفي لفظ : كان أهل الجاهلية يبتاعون لحوم الجزور إلى حبل الحبلة وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم يحمل التي نتجت فنهاهم

١- المرجع السابق.

٢- المغنى ٤/٢٣١.

ﷺ عن ذلك : متفق عليه . وفي لفظ كانوا يبتاعون الجزور إلى حبل الحبلة فنهاهم ﷺ عنه . روواه البخاري) . (١)

الحبل : بفتح الحاء والباء ، وغلط عياض من سكن الباء ، وهو مصدر حبلة تحبل والحبلة بفتحها أيضا جمع مثل ظلبة وظالم وكتبة والهاء فيه للمبالغة وقيل هو مصدر سمى به الحيوان . (٢)

نصت الأحاديث السابقة على أنه لا يجوز بيع الحمل منفردا عن أمه فأما اذا بيع تبعا لأمه كان جائزا .

قال أبن المنذر : وقد أجمعوا على بيع الملاقيح والمضامين غير جائز ، وإنما لم يجز بيع الحمل في البطن لوجهين :-

أحدهما:

جهالته ، فإنه لاتعلم صفته ولا حياته .

والثاني:

أنه غير مقدور على تسليمه ، بخلاف الغائب فإنه يقدر على الشروع في تسليمه .

قال أبو عبيد : الملاقيح : ما في البطون وهي الأجنة .

والمضامين : ما في أصلاب الفحول .

وبيع نتاج النتاج وهو ما عبر عنه ﷺ (بحبل الحبلة) فاسد ، لأنه اذا لم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى .

وأختلف في تفسير حول الحبلة:

فمنهم من فسره بما وقع في الرواية من تفسير ابن عمر ، كما جزم به ابن عبد البر .

---

١ - نيل الأوطار ١٤٧/٥.

٢ - المرجع السابق.

ومن القائلين بهذا مالك والشافعي وغيرهما ، وهو أن بيع لحم الجزور بثمن مؤجل إلى أن يلد ولد الناقة وقيل إلى أن يحمل ولد الناقة ولا يشترط وضع الحمل ، وبه جزم أبو اسحق في التنبيه ، وتمسك بالتفسيرين المذكورين في الباب ، فإنه ليس فيهما ذكر أن يلد الولد ولكنه وقع في رواية متفق عليها بلفظ (كان الرجل يبتاع إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها) وهو صريح في اعتبار أن يلد الولد ومشتمل على زيادة فيرجح .

وقال أحمد واسحق وابن حبيب المالكي والترمذي وأكثر أهل اللغة منهم أبو عبيدة وأبو عبيد هو بيع ولد الناقة الحامل في الحال ، فتكون علة النهي على القول الأول جهالة لأجل .

وعلى القول الثاني بيع الغرر لكونه معدوما ومجهولا وغير مقدور على تسليمه .

ويرجح الأول قوله في حديث الباب (لحوم الجزور) وكذلك قوله (يبتاعون الجزور) . (١)

وما يلحق ببيع الحمل:

وهو عسب الفحل : والمراد به ماؤه فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما وعصبه أيضا : أضرابه ، والفعل كضرب قال في النهاية : لم ينه عن واحد منهما ، وإنما اراد النهي عن الكراء ، فإن اعارة الفحل مندوب اليها .

وقد جاء في الحديث (ومن حقها إطلاق فحلها ، ولقد نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل) ، وفيه دليل على تحريم أستئجار الفحل للضراب والأجرة حرام .

وذهب جماعة من السلف إلى أنه أنه يجوز ذلك الا أنه يستأجره

١ - نيل الأوطار ١٤٨/٥.

للضرب مدة معلومة أو الضربات تكون معلومة ، وقالوا لأن الحاجة تدعوا اليه وهي منفعة مقصودة ، وحملوا النهي على التنزيه وهو خلاف أصله . (١)

والصحيح أن النهى للتحريم لتصريح الحديث به .

ثالثا: بيع الصوف على ظهر الغنم:

أختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر ، فروى أنه لا يجوز بيعه ، وقال بهذا الشافعي ، وبعض الحنابلة والعترة وغيرهم ، لما ذكرنا من الحديث ، ولأنه متصل فلم يجز إفرداه بالعقد كأعضائه ، ولأنه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، ولأنه لا يمكن تسليمه الا بإستئصاله من أصله ولا يمكن ذلك الا بإيلام الحيوانات وهذا لا يجوز . (٢)

وقال بعض الفقهاء : أنه يجوز بشرط جزه في الحال ، لأنه معلوم يمكن تسليمه ، فجاز بيعه كالرطبة ، وفارق الأعضاء فإنه لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان . (٣)

والخلاف هنا كالخلاف في اللبن في الضرع .

وأرجح ما قاله الشافعي ومن معه لحديث ابن عباس : «نهى النبي ﷺ أن يباع صوف على ظهر» ، لأنه ثبت برجال ثقات .

رابعا: بيع الملامسة والمنابذة

(عن أبى سعيد الخدري قال : نهي رسول الله ﷺ عن الملامسة

---

١ - سبل السلام ٣/١٣-١٤.

٢ - المهذب ١/٢٦٦.

٣- المغنى ٤/٢٣١.

والمنابذة في البيع ، والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه ، والمنابرة أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراضي . متفق عليه) [١]

وقد فسر المدثون الملامسة بقولهم : أن يمس الثوب ولا ينظر اليه والمنابذة : أن يطرح الرجل ثوبة بالبيع إلى الرجل قبل أن يقبله وينظر اليه وهو كالتفسير الوارد في الحديث .

وفي رواية لابن ماجة : المنابذة أن يقول ألقى إلى ما معك والقى اليك ما معى .

وللنسائى : الملامسة : أن يقول الرجل للرجل أبيعك ثوبي بثوبك ولا ينظر أحد منهما إلى ثوب الآخر ولكن يلمسه لمسا ، والمنابذة أن يقول أنبذ ما معي تنبذ ما معك فيشتري كل واحد منها من الآخر ولا يدري كم مع الآخر .

ولأحمد أن المنابذة هي أن يقول : أذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع .

والملامسة: أن يلمس بيده ولا ينشره ولا يقبله واذا مسه وجب البيع .

ولمسلم عن ابي هريرة الملامسة : أن يلمس كل واحد منها ثوب صاحبه بغير تأمل .

والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر لم ينظر واحد منها إلى ثوب صاحبه . [٢]

ونص صاحب المغني [٣] على أنه لا خلاف بين أهل العلم على فساد هذين البيعين لثبوت صحة نهية ﷺ : عنهما .

وعلة النهي عن بيع الملامسة والمنابذة هي : الجهالة والغرر وإبطال خيار

---

١ - نيل الأوطار ٥/ ١٥٠.
٢ - المرجع السابق.
٣ - المغنى ٤/٢٢٨-٢٢٩.

المجلس ، وتعليق البيع على شرط وهو نبذ الثوب له أو لمسه له .

خامسا: بيع الحصاة:

«عن أبى هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر ، رواه الجماعة الا البخاري» (١)

أختلف في تفسيره فقيل : هو أن يقول بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرمي الحصاة ، أو من هذه الأرض ما انتهت اليه في الرمى .

وقيل هو أن يشترط الخيار إلى أن يرمي الحصاة .

وقيل : هو أن يجعل نفس الرمي بيعا .

وكل هذه الصور من البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل ، ولا نعلم فيه خلافا . (٢)

---

١ - نيل الأوطار ١٤٧/٥.

٢ - المهذب ٢٦٧/٢، المغنى ٢٢٩/٤.

فهرس المراجع

١- الإسلام وحقوق الإنسان - الدكتور القطب محمد القطب طبلية - دار الفكر العربي.

٢- الأشباه والنظائر - لابن نجيم - ومعه شرح الحموى

٣- الإختيار لتعليل المختار - الموصلى الحنفى (ت ٦٨٣ هـ) - دار المعرفة.

٤- أحكام القرآن - للجصاص (ت ٣٧٠هـ) - دار الكتاب العربي.

٥- الإنصاف للمرداوى (ت ٨٨٥هـ) - ط: ١٩٥٦.

٦- أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي - علي الخفيف - ط: ١٣٧٤هـ.

٧- الأم للشافعى (ت٢٠٤ هـ) - دار الشعب - دار المعرفة.

٨- الأموال لأبى عبيد (ت٢٢٤هـ) - دار الفكر.

٩- البحر الرائق لابن نجيم الحنفى (ت ٩٧٠هـ) - دار المعرفة.

١٠- بداية المجتهد لابن رشد (ت ٥٩٥ هـ) - دار المعرفة.

١١- البدائع للكاساني (ت ٥٨٧ هـ) - مطبعة الإمام بمصر.

١٢- بلغة السالك على الشرح الصغير للصاوى (ت ١٢٤١ هـ) - مصطفى الحلبى.

١٣- تبيين الحقائق للزيلعى (ت٧٦٢ هـ) - دار المعرفة.

١٤- الجامع لأحكام القرآن- للقرطبي (ت٧٧٤ هـ) - دار الكتاب العربي.

١٥- الحق في الشريعة الإسلامية ومعه الملك - الدكتور محمد طموم - دار الكتاب العربي - القاهرة.

١٦- حاشية الدسوقى لابن عرفة (ت ١٢٣٠ هـ) - مصطفى البابى الحلبي.
١٧- حاشية ابن عابدين (ت ١٢٥٢ هـ) - دار إحياء التراث العربي.
١٨- الخراج لأبى يوسف (ت ١٨٢ هـ) - المطبعة السلفية.
١٩- زاد المعاد لابن قيم الجوزية (ت ٧٥١ هـ) - مؤسسة الرسالة.
٢٠- سبل السلام - للصنعانى (ت ١١٨٢ هـ) - دار الكتاب العربى.
٢١- سنن أبى داود- (ت ٢٧٥ هـ) - مصطفى البابى الحلبي.
٢٢- سنن ابن ماجة -(ت ٢٧٥ هـ) - دار إحياء الكتب العربية.
٢٣- سنن البيهقى (ت ٤٥٨ هـ) - حيدر آباد.
٢٤- شرح فتح القدير لابن الهمام (ت ٦٨١ هـ) - دار إحياء التراث العربى.
٢٥- شرح منح الجليل على مختصر خليل - محمد عليش - مكتبة النجاح بليبيا.
٢٦- شرح منتهى الإرادات للبهوتى (ت ١٠٥١ هـ)، عالم الكتب.
٢٧- الشريعة الإسلامية: تاريخها ونظرية الملكية والعقود - للدكتور بدران أبو العينين - ط: ١٩٨٦ م.
٢٨- صحيح مسلم بشرح النووى (ت ٦٧٦ هـ) - دار الشعب - المطبعة المصرية.
٢٩- الفروق للقرافى (ت ٦٨٤ هـ) - دار إحياء الكتب العربية.
٣٠- القاموس المحيط للفيروز أبادى - دار الجيل.
٣١- القوانين الفقهية لابن جزّى - دار القلم - بيروت.
٣٢- كشاف القناع للبهوتى (ت ١٠٥١ هـ) - عالم الكتب.
٣٣- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان- محمد فؤاد عبد

الباقى - دار إحياء الكتب العربية، دار الحديث.
٣٤- لسان العرب لابن منظور (ت ٧١١ هـ) - دار المعارف.
٣٥- المستدرك للنيسابورى (ت ٤٠٥ هـ) - دار الفكر.
٣٦- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمى (ت٨٠٧ هـ) - مكتبة القدسى.
٣٧- المدخل إلى نظرية الإلتزام في الفقه الإسلامي - مصطفى الزرقا - دار الفكر.
٣٨- الملكية ونظرية العقد - الدكتور أحمد فراج حسين - ط: ١٩٨٧م.
٣٩- الملكية في الشريعة الإسلامية - الدكتور عبد السلام العبادى - مكتبة الأقصى - الأردن.
٤٠- المغنى لابن قدامة (ت٦٢٠ هـ) عالم الكتب، مكتبة القاهرة.
٤١- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية بمصر - دار إحياء التراث العربى.
٤٢- المجموع للنووى (ت ٦٧٦ هـ) - دار الفكر، مطبعة الإمام بمصر.
٤٣- مغنى المحتاج للخطيب الشربيني - البابى الحلبي بمصر، دار الكتب العلمية.
٤٤- المحلى لابن حزم (ت ٤٥٦ هـ) - دار التراث، ط: ١٣٨٨هـ
٤٥- مختار الصحاح للرازى - دار العلم للملايين.
٤٦- المبسوط للسرخسى (ت٤٨٣ هـ) - ط: ١٣٢٤هـ.
٤٧- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - عبدالكريم زيدان - دار عمر بن الخطاب - الأسكندرية.
٤٨- المدخل للفقه الإسلامي - محمد سلام مدكور - دار الكتاب الحديث.

٤٩- الملكية في الشريعة الإسلامية - للشيخ على الخفيف - دار النهضة العربية - بيروت.
٥٠- المهذب للشيرازى (ت٤٧٦ هـ) - دار المعرفة، البابى الحلبى بمصر.
٥١- مواهب الجليل - للحطاب (ت٩٥٤ هـ) - مكتبة النجاح بليبيا.
٥٢- الملكية ونظرية العقد - للشيخ محمد أبو زهرة - دار الفكر.
٥٣ - النظريات العامة في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد فراج والدكتور السريتى - دار النهضة العربية - بيروت.
٥٤- نظرية الحق - الدكتور أحمد فهمى أبو سنة - ١٩٧١.
٥٥- نيل الأوطار - للشوكانى (ت١٣٥٥ هـ) - دار الجيل، مصطفى الحلبى.
٥٦- نهاية المحتاج للرملى (ت ١٠٠٤ هـ) - ط: ١٢٩٢هـ - ١٣٨٦هـ.
٥٧- نظرية العقد - الدكتور عبد المجيد مطلوب - ط: ١٩٨٦م.
٥٨- الهداية للمرغينانى (ت ٥٩٣) وشروحها - المكتب الإسلامي.

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة

الموضوع	رقم الصفحة